شرح الجامع الصغير

(٢)

المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(٢٠٢٤/٤/٢٤٤٨)

عنوان الكتاب: شرح الجامع الصغير.
تأليف: البزدوي، علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد (ت٤٨٢هـ).
تحقيق: حمزة، عبد الكريم عبد الله.
بيانات النشر: عمان: دار الرياحين للنشر والتوزيع، ٢٠٢٤م.
الوصف المادي (٦٤٥ صفحة) الجزء الثاني.
رقم التصنيف: ٢٧٠.
الواصفات: / الفقه الإسلامي/ / العبادات/ / المعاملات (فقه إسلامي) الأحكام الشرعية/ / الشريعة الإسلامية/ .
يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

الطبعة الأولى: ١٤٤٥هـ-٢٠٢٤م

9 789923 797969

عمان - الأردن
جـــوال: 00962790474491
darlrayaheen.jo@gmail.com
بيروت - لبنان
هاتف وفاكس: 009611660162
جـــوال: 009613602762
dar.alrayaheen@gmail.com

دار الرياحين

شرح الجامع الصغير

للإمام محمد بن الحسن الشيباني
المتوفى سنة ١٨٩هـ

تأليف
الإمام الحجة فخر الإسلام أبي الحسن
علي بن محمد الحسين البزدوي
المتوفى سنة ٤٨٢هـ

تحقيق وتعليق
عبد الكريم بن عبد الله حمزة الحنفي الشاذلي

قدم له
العلامة الشيخ عبد الهادي بن محمد الخرسة الدمشقي الأزهري

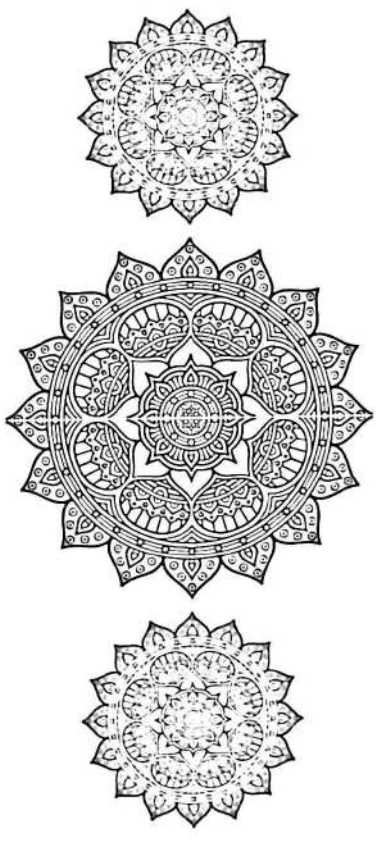
المجلد الثاني

مركز
العلامة ساجقلي زادة

دار الرياحين
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

٥- كِتَابُ الطَّلَاقِ



[بَابُ الرَّجْعَةِ]

٢٤٤- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقاً يَمْلِك الرَّجْعَة؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى مَا لَمْ يُشْهِدْ عَلَى رَجْعَتِهَا.

هَـذِهِ من الخواص(١)، وَإِنَّمَا كره ذَلِكَ لِأَنَّ الله تَعَالَى نهى الرِّجَال حالة العدة عن إخـراج المعتدة ونهاها عـن الخروج فقَـالَ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطَّـلاق: ١]. والآية نزلت فِي الطَّلاق الرجعـي، ولأَنَّ النكاح مؤكدٌ بحـق الله تَعَالَى بِالْإِجْمَاعِ، لما أَنَّهُ وضع سـبباً لوجود الْوَلَـد، إِلَّا أَنَّهُ لما كَانَ حكم النكاح الملك، وَهُوَ خالص حق العَبْد لَمْ يظهر حق الشرع فِيمَا يَرْجِع إِلَى التصرف بحق المِلك فحل الخروج بإذنه، وَإِذا سـقط ملكه بالإبانة أَوْ الثَّلَاث ظهر حق الله تَعَالَى، فَلَمْ يَحِل الخروج وَإِنَ رضي بِهِ الزَّوْج، فإن طَلَّقَهَا طلاقاً رجعياً لَمْ يسـقط حـق الـزَّوْج، لكنَّها شـرعت فِيمَا يفضي إِلَـى البينونة، فثبت بِذَلِـكَ القدر ضرب حق الله تَعَالَى فِي العِدَّةِ فحرم عَلَيْهَا الخروج وحرم عَلَيْهِ الإخراج.

أَلَا تَـرَى أَنَّ العدة إِنَّمَا وجبت لاعتبار وقوع البينونة فِي حقها؟ لولا ذَلِكَ لما صحَّ شـرع الحلف مع بقاء الأصل عَلَى ما عرف فَصَـارَ النكاح منقَضٍ فِي حقها، وَلَهُذا تحسـب الأقراء من العدة باقيةٌ فِي جانب الزَّوْج، لَكِنَّهُ عَلَى شـرف الزوال، فإن أشهد عَلَى رجعتها بطلت العدة، فَلَا يكره السفر بِهَا.

---

(١) فِي ب: وَبِهِ استدل الشافعي ﷺ فِي طلاق الرجعي هل يحرم الوطء.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: إِذَا سافر بِهَا فَقَدْ راجعها فَلَا يكره، قَالَ: لِأَنَّ السفر دلالة الرَّجْعَة، والجواب: أنَّ كلامنا فِي رَجُلٍ ينادي بأعلى صوته أَنَّهُ لَا يراجعها صريحاً فبطلت الدلالة، ولأنَّ السفر لَا يصلح دليلاً عَلَى المراجعة لَا محالة، وَكَذَلِكَ حكم ما دون السفر لظاهر النَّص المحرِم، إِلَّا أنَّ بعضه أشد من بعض، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ يريد أن يراجعها لَا يدخل عَلَيْهَا بغتةً وفجأةً، ويسمَعَهَا خفق نعَلَيْهِ[١].

٢٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا وَهِيَ حَامِلٌ، فَقَالَ: لَمْ أُجَامِعهَا؛ قَالَ: لَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَة، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ وَلَدتْ قَبْلَ ذَلِكَ[٢]، وَلَوْ خَلَا بِهَا وَأَغْلَقَ بَابَاً وَأَرْخَى سِتْرَاً ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَقَالَ: لَمْ أجامَعَهَا، فَلَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا رجعةٌ.

أَمَّا المسألة الْأُولَى والثانية فمن الخواص، ووجه ذَلِكَ أَنَّ الرَّجْعَة جُعلت فِي الشرع مبنيةٌ عَلَى الدُّخُول دون التسليم لما عرف أَنَّا أقمنا التسليم مقام الدُّخُول دفعاً للضرر عن الْمَرْأَة، لِأَنَّ الدُّخُول فعله، فبقي حق الزَّوْج وَهُوَ الرَّجْعَة متعلقاً بحقيقة الدُّخُول، فَإِذَا أنكر الزَّوْج الدُّخُول فَقَدْ أنكر حقه[٣].

---

(١) بمعنى بَلْ يسمَعَهَا.

(٢) أي قبل الطّلاق بأن ولدت فِي النكاح. حاشية أ

(٣) وَأَمَّا المهر والنفقة حقها، فيكون مبنياً عَلَى التسليم الَّذِي فِي وسعها، فيكون حق كل واحد مِنْهُمَا مبنياً عَلَى ما فِي وسعه. والموطوءة حقيقة فِي وسعه، والرجعة حقيقة فيكون بناء عَلَيْهِ والتسليم فِي وسعها، فما كَانَ حقاً لها بناء عَلَيْهِ، فَإِذَا أنكر الزَّوْج الدُّخُول فَقَدْ أنكر حقه فَلَمْ يصر محكوماً عَلَيْهِ بالدخول. حاشية ب

فَإِذَا كَانَتْ حاملاً يوم الطَّلاق، وظهر ذَلِكَ بأن ولدت بعده بأقل مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ صَارَ النسـب ثابتاً مِنْهُ وصار فِي الشرع محكوماً عَلَيْهِ بالدخول، والدخول فِي الأصل للنَّسب، فَإِذَا ثبت الأصل ثبت ما يبتني عَلَيْهِ وَهُوَ المراجعة تبعاً.

وإِنْ كَانَ الـزَّوْج ينكره لَمْ يُلتفت إِلَى إنكاره، لِأَنَّ التابع لَا ينفصل عن أصله، وَذَلِـكَ كالـزوج يَدَّعِي أنَّ الْمَـرْأَة أخبرته بانقضاء العدة لَمْ يُصـدَّق فِي حق ثبوت النسب، فَإِذَا ثبت النسب ثبت ما يتبعه ضرورةً وَهُوَ التحريم عَلَيْهِ، وَإِنَ أنكره.

وَإِذا أقرَّت الْمَرْأَة بانقضاء العدة وصدقها، ثُمَّ جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً منذ أقرت لَمْ يثبت النسـب لِأَنَّ الأصل فِي النسـب هِيَ الْمَـرْأَة لِأَنَّهَا تدفع بِهِ عار الزنا، وحق الْوَلَد بناء عَلَيْهِ، لِأَنَّ التعيير بأن لَا أب لَهُ لَيْسَ بعصيان مِنْهُ، وحق الزَّوْج بناء عَلَى حق الْوَلَد، فَإِذَا انقطع النسب فِي حق من هُوَ أصلٌ - وَهُوَ الْمَرْأَة- انقطع فِي حق من هُوَ تابع ضرورة التبعية، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَكَذَلِـكَ إِنْ كَانَـتْ الْمَرْأَة ولدت مِنْهُ قبل ذَلِكَ فِي هَـذَا النكاح لما قلنا، فأمَّا إِذَا خـلا بِهَا ثُمَّ قَالَ: (لَـمْ أَدْخَلَ بِهَا) فإنَّ القول قولَهُ، وَلَا رجعـة لَهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يصر مُكذَّباً هاهنا، لِأَنَّ تكميل المهر وإيجاب العدة لَا يَكُون حكماً بالدخول لِأَنَّهُ متعلقٌ بالتسليم، فأمَّا النسب فَلَا يخلو عن الماء، وَلَا ماء بِغَيْرِ الوطء.

٢٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ اخْتَارِي فَتَقُولُ: أَنَا أَخْتَارُ نَفْسِي؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ، وَهَذَا جَائِزٌ.

وزاد فِي الأصل فسماه استحساناً.

وجه القياس: أنَّ قولَهَا: (أختار) يحتمل الوعد فَلَا يصير جواباً مع الاحتمال.

كمـا إِذَا قَالَ لعبـده: أَعْتَقَ رقبتك فَقَالَ: أُعتق نَفْسِـي وَقَـالَ لَهَا: اختاري[1] نفسك، فَقَالَتْ: أطلق نَفْسِي[2].

ووجه الاستحسـان: أنَّ هَذَا الكلام جَعَلَ جواباً وإيجاباً فِي الشـرع، وبدلالة العقل.

أَمَّا الشـرع فَلَمَّا روي أَنَّهُ لما نزل قولَهُ تَعَالَى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية، بدأ رسـول الله ﷺ بعَائِشَةَ ﵂ فَقَالَ: (إِنِّي مُخَيِّرُك بِأَمْرٍ فَلَا تُجِيبِينِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أبا بكر)[3]، ثُمَّ أخبرها بالآية، فَقَالَتْ: أَفِي هَذَا أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ؟ لَا، بَلْ أَخْتَارُ اللهَ وَرَسُولَهُ، وجعل رسول الله ﷺ هَذَا الكلام مِنْهَا إيجاباً.

وَأَمَّا دلالة المعقول فلأنَّ الفعل الَّذِي يحتمل الحال والاستقبال أصله للحال فِيمَا يصلح حكاية عن الحال.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يخلص للاسـتقبال بالسـين وسوف، وَلَيْسَ للحال إِلَّا صيغته فعُلـم أنَّ ذَلِكَ أصله، ويقال: فـلانٌ يُصَلِّي ويقرأ وينظر، ويراد بِهِ الحال فِي موضع الحكاية، فَكَذَلِكَ هاهنا هَذَا موضع الحكاية.

لِأَنَّ الاختيار من عمل القلب، فيكون الذكر باللسـان حكاية عن أَمَرَ قائم لَا محالة، وَذَلِكَ كالرجل يقول: أَشْـهَدُ أَنْ لا إِلَـهَ إلا الله، أَنَّهُ جَعَلَ إيجاباً لِأَنَّهُ حكاية عن أمرٍ قائمٍ وَهُوَ التصديق، فَصَارَ إيجاباً، وَكَذَلِكَ قول الشاهد فِي مجلس الحكم:

---

(١) فِي ب: طلقي

(٢) فِي ب لَا يقع شيء لما قلنا

(٣) متفق عَلَيْهِ رواه البخاري برقم/ ٤٥٠٧/ ، ومسلم برقم/ ٣٥٧٤/ .

(أَشْـهَدُ) لِأَنَّهُ حكاية عن معنى قائم، وَكَذَلِكَ قولَهَا: (أشـاءُ الطَّلاق) فِي مسـألتنا، وَأَمَّا قولَهُا: (أنا أطلق نَفْسِـي) فَلَيْسَ بحكايةٍ عن حالٍ قائمةٍ إذ لَا حال هاهنا يُخبَرُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا الإيجاب حاصل بهذه الصيغة نفسـها من قِبَلِ أن الإيقاع باللسـان دون القلب، فَلَمْ يصلح فعل اللسـان حكاية عن فعل قائم باللسـان عَلَى سـبيل الحال فيغلـب الأصـلُ، فحمل عَلَى ما هُوَ دخيل عَلَيْهِ، فَلَمْ يكن بُدٌّ من لفظ دال عَلَى أَمَرَ ماض ليُجعلَ إيجاباً وَهُوَ قولَهُا: طَلقتُ.

❁ ❁ ❁

[بَابُ الإِيلَاءِ]

٢٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ وَشَـهْرَينِ بَعْدَ هَذِيْنِ الشَّهْرَيْنِ، قَالَ: هُوَ مُوْلِي[1]، وَلَوْ قَالَ بَعْدَ يَوْمَ: وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ شَهْرَيْنِ بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ الأَولين لَمْ يَكُنْ مُولياً.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، ووجه الفرق أَنَّ قولَهُ: و(شَـهْرَيْنِ) عطف عَلَى الشَّهْرَيْنِ الأولـين، والمعطوف غير المعطوف عَلَيْهِ، وَلَمْ يُفرِد المدة الثانية بنفي، فَصَارَ الكل مدة وَاحِدَة لمَّا كَانَ الحكم واحداً بِمَنْزِلَةِ من قَالَ: (بعت مِنْكَ هَذَا العَبْد بِأَلْفِ دِرْهَم إِلَى شـهر وشهر) أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قولَهُ: (إِلَى شَـهْرَيْنِ)، كَذَلِكَ قَالَ فِي الجامع: (والله لَا أكلمك يوماً ويومين) أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قولَهُ: (ثَلَاثَة أيام) لما قلنا، وَكَذَلِكَ فِي هَذَا.

فأَمَّا إِذَا سـكت ثُمَّ قَالَ: (والله لَا أقربك شَـهْرَيْنِ) وَلَمْ يَقُلْ بعد الشَّهْرَيْنِ فإِنَّ هَـذَا إيجاب آخر، وَإِذا كَانَ كَذَلِـكَ صارا أجلين فتداخلا فَلَمْ يثبت فِي حق وَاحِدَة من اليمينين مدة أربعة أشهر، والإيلاء لَا ينعقد فِي أقلَّ من أربعة أشهر.

ونظيره لو قَالَ: (والله لَا أكلم فُلَانَاً يوماً وَلَا يومين) إِنَّ الْيَمِين ينقضي بيومين لِأَنَّهُ لمَّا أَعَادَ كلمة النفي فَصَارَ الثَّانِي منفرداً عن الْأَوَّل، وَإِذا انفرد الثَّانِي عن الْأَوَّل صـارا أجلين فتداخلا، فَكَذَلِكَ هَذَا، هَـذَا إِذَا قَالَ فِي المرة الثانية: (والله لَا أقربك شَهْرَيْنِ).

---

(١) مولي هكذا فِي الأصل والصحيح مولٍ

فأمَّا إِذَا قَالَ: (بعد الشَّـهْرَيْنِ الأولين) أَوْ (بعد هذين الشَّهْرَيْنِ) فَلَا يشكل إِذَا كَانَ العقد واحداً أنَّها أربعة أشـهر، وَإِذا كَانَ العقد مختلفاً فإنَّ هذين الشَّهْرَيْنِ غير الأوليـن، إِلَّا أنَّ هَذِهِ المـدة الثانية قائمةٌ بعقدٍ آخر فَلَمْ تصرِ المدة تامة فِي واحد مِنْهُمَا.

ومسـألة الْكِتَاب هُوَ الفصل الأخير، حَتَّى أنَّ فِـي الفصل الْأَوَّل لو قرُبها فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فعَلَيْهِ كفارة وَاحِدَة.

وَفِي المسـألة الثانية [فِي الفصـل الْأَوَّل][1] عَلَيْهِ كفارتـان إِذَا قرُبها فِيمَا يتداخل.

وَفِـي الفصل الثَّانِي فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى كفارة وَاحِدَة، وَكَذَلِكَ فِي المسـألة الثانية لأنَّهما عقدان متعاقبان.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب

[بَابُ الظِّهَارِ]

٢٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَةٍ لَا يَمْلِكهَا: وَاللهِ لَا أقرَبُك وَأَنْتِ عَلَيّ كَظَهْرِ أُمِّي ثُمَّ تَزَوْجَهَا؛ قَالَ: لَا يَكُونُ مُولِيًا وَلَا مُظَاهِرًا، فَإِنْ قَرِبَهَا كفَّرَ فِي الَّتِي حَلَفَ لَا يَقْرَبُهَا.

ومسألة الظهار من الخواص، ووجه ذَلِكَ أنَّ الإيلاء يمينٌ فِي كلام العرب، واصطلح الفقهاء عَلَى أنَّهم يسمّون الْيَمِين الَّتِي فِيهَا الطَّلاق إيلاء، لِأَنَّ الْكِتَاب نزل بِهِ، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وَقَالَ فِي سائر الأيمان: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، فَلِذَلِكَ سمينا الْيَمِين الَّتِي يتعلق بهَا الطلاق إيلاءً، فَإِذَا ثبت هَذَا صَارَ تقدير الإيلاء: (إن لَمْ أقْرَبْك أربعة أشهر فأَنْتِ طَالِقٌ بائن[١]).

إِذَا قَالَ ذَلِكَ لأجنبية فَقَدْ حلف بالطَّلاق فِي غَيْرِ المِلك، وغير مضافٍ إِلَى سبب المِلك فبطل إيجاب الطَّلاق، وبقيت يميناً مطلقةً، لِأَنَّ الْيَمِين يعتمد تصورَ البِرِ[٢] حساً لَا ملكاً شرعياً.

أَلَا تَرَى أنه ينعقد عَلَى ما هُوَ حرام ومعصية؟ وَعَلَى ما هُوَ مباح؟

---

(١) وجعلنا الطَّلاق بائناً لأن المقصود بِهِ دَفَعَ الظلم والضر عن الْمَرْأَة وَذَلِكَ لَا يحصل بتطليقة رجعية. حاشية أ

(٢) لأنه إِذَا أراد إيقاع الْيَمِين فَلَا بُدَّ من أن يقع فِي تصوره أن يبرّ بهذا الْيَمِين.

فَـإِذَا كَانَ كَذَلِكَ انعقدت هاهنا، فَإِذَا قرُبها لزمتـه الكفارة، فأمَّا الظهار فإنَّما ينعقد للتحريم، لِأَنَّهُ كَذَبَ بتشبيه الحلال بالحرام، فوجب التحريم جزاءً للجناية، والكفارة غايةٌ معارِضة، فَإِذَا شبه الأجنبية بالمَحْرَم لَمْ يَكُنْ كذِباً محضاً، فَلَمْ يجب جـزاؤه وَهُوَ التحريم، والكفارة غايةٌ فَلَا يتصور وجوبها قبل التحريم، وَفِي الْيَمِين الكفارة خلفٌ عن البر، وَقَدْ انعقدت للبر إذ الحرام يحتمل الوجود.

٢٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يقولُ لِامْرَأَتِهِ: اعْتَدِّي اعْتَدِّي اعْتَدِّي، وَقَـالَ: عَنَيْتُ بالْأُولَى الطَّلاق، وبالثِنْتَيْنِ البَاقِيتينِ الحَيْضَ؛ قَـالَ: يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ، وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَعْنِ بِالبَاقِيتينِ شَـيْئاً، قَالَ: هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً.

أَمَّا فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى فَقَدْ نَوَى حقيقة ما تكلم بِالثَّانِيَةِ والثالثة فصحت فِي الْقَضَاءِ، ونوى بالْأُولَى ما يحتمل كلامه وَهُوَ الطَّلاق.

أَلَا تَـرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لسـودة بنت زمعة ﵂: (اعْتَـدِّي)[1] وجعل ذَلِكَ طلاقاً؟

ووجـه الاحتمال ما عُرف أَنَّهُ فِي المدخول بِهَـا جَعَلَ مقتضياً للطلاق، وَفِي غَيْرِ المدخول بِهَا جَعَلَ مستعاراً عن الطَّلاق.

---

(١) الحديث بتمامه (عنْ هشامِ بنِ عروةَ عنْ أبيهِ: أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ طلّقَ سودةَ فَلَمَّا خرجَ إِلَى الصَّلَاة أمسـكتْ بثوبهِ فقالتْ: ما لِي فِي الرّجالِ حاجةٌ لكنّى أريدُ أنْ أحشـرَ فى أزواجكَ قالَ فرجعها وجعلَ يومها لعائشةَ رضىَ اللهُ عَنْهَا فكانَ يقسمُ لها بيومها ويومِ سودةَ.) رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٣٨١٧/ .

وَأَمَّا الفصل الثَّانِي فمـن الخواص: وَإِنَّمَا قَالَ فِي الأصل: نويت بهن جَمِيْعَاً طلقـةً وَاحِدَة، أنَّها ثلاثٌ، فَإِذَا نَـوَى بهن طلقةً وَاحِدَة فَقَدْ نَـوَى بكل وَاحِدَة مِنْهَا بعضـاً، وَهِـيَ لَا تتجزئ فتكاملت، وهاهنا لَمْ ينو شَـيْئاً إِلَّا أَنَّ الثانية والثالثة ذكرتا بعد مذاكرة الطَّلاق فَصَارَ طلاقاً لما نبين بعد هَذَا إِنْ شَاءَ الله.

٢٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلها وَاحِدَة، أَوْ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَعَهَا وَاحِدَة؛ قَـالَ: هِيَ طالقٌ ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِـقٌ وَاحِدَةً بَعْدَهَا وَاحِدَة، فَهِيَ طالقٌ وَاحِدَة.

وَهِيَ ثَلَاثَة فصول، كلمة: (مع) و(قبل) و(بعد).

أَمَّـا فِي كلمة (مع) فَإِنَّهَا تَطلُق ثِنْتَيْنِ بِكُلِّ حَالٍ سـواءٌ قَالَ: (مَعَهَا وَاحِدَة) أَوْ (مع وَاحِـدَة) لِأَنَّ هَذِهِ الكلمة للقِران فتوقفت الْأُولَى عَلَـى التكلم بِالثَّانِيَةِ تحقيقاً لمراده، فوقعتا مَعاً، وَفِي مسـألة (قبل)، إِنْ قَالَ: (قبلها وَاحِدَة) طلقت ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَـالَ: (قبل وَاحِدَة) طلقت وَاحِدَة، وَإِنَ [مسـألة][1] (بعد) وَإِنْ قَالَ: (بعد وَاحِدَة) طَلُقت ثِنْتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: (بعدها وَاحِدَة) طلقت وَاحِدَة.

وأصل ذَلِكَ أَنَّ اسـم الظرف (مَتَى) [جاء][2] بين اسـمين، فَإِنْ كَانَ موصولاً بالكتابة جَعَلَ صفةً لما بعده، وَإِذا لَمْ يَكُنْ موصولاً بِهَا جَعَلَ صفةً لما قبله، نقول:

---

(١) الإضافة مني.

(٢) الإضافة مني.

جاءنـي زيد قبل عمرو، فتكون القبلية صفةً لزيد، وَلَوْ قلتَ: جاءني زيد قبله عمرو كَانَ صفـةً لعمرو، فَـإِذَا ثبت ذَلِكَ قلنا: إِذَا قَالَ: (أَنْتِ طَالِـقٌ وَاحِدَةً قبلها وَاحِدَة) فَقَدْ جَعَلَ القبلية صفة للثانية، وَلَيْسَ فِي وسعه تقديم الثانية، وَفِي وسعه القِران بأَنْ يَقُـولَ: (مَعَهَـا وَاحِدَة) فثبت من قصده قَدْرَ ما فِي وسـعه، وَلَوْ قَالَ: (قبل وَاحِدَة) فَهِيَ صفةٌ للأولى وَلَوْ لَمْ يقيدها بهذا الوصف لكن قَالَ: (وواحدة) وَقَعَتْ الْأُولَى سابقة فهاهنا أولى.

وَإِذا قَـالَ: (بعد وَاحِدَة) وَقَعَـتْ ثنتان، لِأَنَّ ذَلِكَ يصير صفةً للأولى فيقتضي تأخير الْأُولَى، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي وسـعه بعدما أوجبها، وَفِي وسـعه الجمع بأن يقرن الثانيـة بِهَا فثبت مـن قصده قدرَ ما فِي وسـعه، وَإِذا قَالَ: (بعدهـا وَاحِدَة) وَقَعَتْ وَاحِـدَة، لِأَنَّ ذَلِـكَ صفةٌ للثانية، وَهِيَ متأخرة وَإِنَ لَمْ يُؤكد هَـذَا الحكم فِيهَا، فَإِذَا أكد ذَلِكَ كَانَ التأخير أولى.

[بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ]

٢٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ؛ قَالَ: أَيَّ شيءٍ نَوَى لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدَة يَمْلِك الرَّجْعَة.

أَمَّا إِذَا نَوَى الإبانة فَقَدْ قصد تنجيز المعلَّق، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي وسعه، وقصد أَيْضَاً أن يجعل لفظ الطَّلاق بِنَفْسِهِ مضاداً للنكاح، واللفظ لَا يحتمل ذَلِكَ، وإِنْ نَوَى الثَّلَاث أَوْ ثِنْتَيْنِ بطلت نيته عندنا، لِأَنَّ طالق اسم الفاعل، وَهُوَ لَا يحتمل العدد فِيمَا وضع لَهُ من المسمى، فَلَأَنْ لَا يحتمل ما لَمْ يوضع لَهُ أولى، والمصدر ثابتٌ اقتضاءً غير مذكورٍ حقيقةً، فَإِذَا كَانَ هَـذَا المذكور لَا يحتمل نية العدد فغير المذكور الثابت ضرورةً واقتضاءً لَأَنْ لَا يحتمِله أولى وأحق.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ: (أنت الطَّلاق) فإِنْ نَوَى ثَلَاثَاً فثلاث، وإِنْ نَوَى وَاحِدَةً يَمْلِك الرَّجْعَة، وإِنْ نَوَى ثِنْتَيْنِ فواحدة أَيْضَاً يَمْلِك الرَّجْعَة، لِأَنَّ الطَّلاق مصدرٌ وَهُوَ اسم جنسٍ، فإِنْ نَوَى بِهِ كل الجنس صحت نيته وَهُوَ الثَّلَاث، وإِنْ نَوَى الثِنْتَيْنِ فَقَدْ نَوَى العدد لِأَنَّ الثِنْتَيْنِ عددٌ لَا محالة، والطَّلاق كلمةٌ فردٌ فَلَا تصح نيته[1]، وإِنْ نَوَى الواحدة صحت نيته، لِأَنَّهُ أضمر النعت، ووقعت رجعية لما قلنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: إِذَا نَوَى ثِنْتَيْنِ يصح، لِأَنَّ الثِنْتَيْنِ بعض الثَّلَاث وَلَوْ نَوَى[2] يصح، فَكَذَلِكَ إِذَا نَوَى

---

(١) أي لَا تصح نيته الثنتين، بَلْ تصح فِي الثَّلَاث والواحدة.

(٢) يعني لو نَوَى الثَّلَاث يصح.

الثِّنْتَيْـنِ وجـب أن يصح، ولكنا نقول بأَنَّ الثَّلَاث إِنَّمَا يصح لِأَنَّهُ فرد بمقابلة سـائر أجناسه لَا أَنَّهُ عدد، وَأَمَّا الثِّنْتَيْنِ فعدد لَا يحتمله.

وقولَهُ: (أنت الطَّلاق) من الخواص.

٢٥٢- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: وَلَـوْ قَالَ: (أَنْتِ طَالِقٌ طلاقاً) فإِنْ نَوَى وَاحِدَةً فواحدةٌ يَمْلِك الرَّجْعَة، وإِنْ نَوَى ثَلَاثَاً فثلاث، وإِنْ نَوَى ثِنْتَيْنِ فواحدة أَيْضَاً يَمْلِك الرَّجْعَة.

وَفِي الأصل: (طلقتك طلاقاً).

وتفسـير هَذِهِ المسـألة ما ذكرنا، وينبغـي أَنَّهُ إِذَا نَوَى بقولَـهُ: (طالق وَاحِدَة) وبقولَـهُ (طلاقاً أُخْـرَى) أن يقع ثنتان فيصير (طالق) مقتضيـاً و(طلاقاً) دليلاً عَلَى نعـت محذوف، كَذَلِكَ ذكره الفقيه أبو جعفر، وَذَلِكَ مروي عَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﵀، وَهَـذَا خلاف القياس، والجواب: قولَهُ: (طالـق) نعتٌ، و(طلاقاً) مصدره فَلَا تقع إِلَّا وَاحِدَة، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاق) لما قلنا.

٢٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ طَلِّقِي نَفْسَكِ يَنْوِي ثَلَاثَاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي ثَلَاثَاً فَهِيَ ثَلَاثٌ؛ وَلَوْ طلقتْ نَفْسَـهَا وَاحِدَة وَلَا نِيَّةَ لَهُ، فَهِيَ طَالِقٌ وَاحِدَةً يَمْلِك الرَّجْعَة، وَلَوْ نَوَى الوَاحِدَةَ فَكَذَلِكَ.

لِأَنَّ الأمر لفظٌ موضوعٌ لطلب الفعل مختصر فِي اللغة، فيصير المصدر هاهنا مذكـوراً لغة، فيحتمل من النية مـا يحتمله لو كَانَ مذكوراً لفظاً وعبارة، بخلاف ما

يقتضيــه النعت أَوْ صفة الماضي لِأَنَّهُ ثابــتٌ أَوْ ضامنٌ من المتكلم لَا من المضاف إِلَيْهِ بخلاف الأمر.

٢٥٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُــلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ طَلِّقِي نَفْسَكِ، فتقول أَبَنْتُ نَفْسِي؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ، وَلَوْ قَالَت: اخترتُ نَفْسِي لَمْ تَطْلُقْ.

والمســألة الْأُولَى من الخواص، والفرق بين المســألتين أنَّ الإبانة من ألفاظ الطَّلاق وضعاً وحكماً.

أَمَّــا الوضع: فلأَنَّه للإيجــاب والتحقيق والقطع، وَأَمَّا الحكــم: فلأَنَّه لو قَالَ لَهَا: (أبنتك) ينوي الطَّلاق بانت، وَهُوَ موافقٌ للتفويض فِي الأصل لِأَنَّهُ فوض إليها طلاقاً تَبين فِي الثَّانِي[1]، فَإِذَا قالت: (أبنت نَفْسِــي) فَقَدْ أتت بِهِ بِعَيْنِهِ، ولكن زادت وصفاً[2] وَهُوَ تعجيل الإبانة، فَلَمْ يمنع الموافقة فِي الأصل، فينبغي أن يقع وَاحِدَة رجعيــة، وَأَمَّا الاختيار فَلَيْسَ من ألفاظ الطَّلاق لَا وضعــاً وَلَا حكماً، أَمَّا الوضع: فلأَنَّه للطلب فِي اللغة، والطلب لَيْسَ بإيجاب، وَلَا يوجد لَهُ لَا محالة.

وَأَمَّــا الحكم: فــلأنَّ من قَالَ لِامْرَأَتِــهِ: (اخترتك[3]) أَوْ (اختــاري) ونوى بِهِ الطَّلاق بِعَيْنِهِ لَمْ يقع بِهِ الطَّلاق أَبَدَاً، وَإِنَّمَا جَعَلَ من ألفاظ الطلاق بإجماع الصحابة،

(١) فِي ب: تبين فِي الكل

(٢) فِي ب: وصف طلقي

(٣) هكذا فِي نسختي المخطوط، والصحيح خيرتك والله أعلم.

وإنمـا جعلوه أي العلماء جواباً للتخيير والتمليـك، فَإِذَا وجد عقيب التمليك كَانَ جواباً وإلا فَلَا، وَلَهُذا قلنا فِيمَنْ قَالَ لأمته: (اختاري) ونوى العتق فأعتقت نفسـها أنَّها لَا تعتق، وَلَوْ قَالَ لَهَا: (أمرك بيدك) فَقَالَتْ: (اخترت نَفْسِـي) وَقَدْ نَوَى الزَّوْج الطَّلاق، كَانَ جواباً ووقع الطَّلاق، لِأَنَّ الأمر بِالْيَدِ تخيير وزيادة فَصَارَ عين ما ورد بِهِ النَّص، إِلَّا أنَّ فِيهِ تمليكاً وضعاً، وَلِذَلِكَ صحَّ استعماله فِي العتاق، وصحت فِيهِ نية الثَّلَاث بخلاف قولَهُ اختاري.

❁ ❁ ❁

[بَابُ الأَيْمَانِ فِي الطَّلَاقِ]

٢٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ وَلَدْتِ غُلَاماً فأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَإِنَ وَلَدْتِ جَارِيَةً فأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ، فَوَلَدَتْ غُلَاماً وَجَارِيَةً، لَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أَوْلُ؛ أَمَّا القَاضِي فَلَا يُلزمه إِلَّا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً، وَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَأَمَّا فِي التَّنَزهِ[١] فَهِيَ تَطْلِيقَتانِ.

أَمَّـا فِي الحكم: فـلأَنَّ الغـلام إِنْ كَانَ أولاً طلُقت وَاحِـدَة وانقضت عدتها بالجاريـة، لأَنّهما فِي بطن وَاحِدَة، وَإِنَ ولدت الْجَارِيَة أولاً طلقت ثِنْتَيْنِ وانقضت العـدة بالغلام، فَلَا تقـع الزيادة عَلَى الواحدة بالشـك، وَفِي التنزه يؤخـذ بالثِّنْتَيْنِ احتياطـاً، حَتَّـى أَنَّهُ إِذَا كَانَ طَلَّقَهَـا قبل ذَلِكَ وَاحِدَة فَإِنَّـهُ لَا يتزوجها إِلَّا بعد زوجٍ آخر، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب: التنزيه، أي أنّها تطلق ثنتين ديانة وتورعاً

[بَابُ اليَمِينِ فِي العِتْقِ]

٢٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدْتِ وَلَدَاً فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَتْ وَلَدَاً ثُمَّ ولدت وَلَدَاً آخَرَ لِأَقَلَّ من سَنَتَيْنِ بيومٍ أَوْ لِأَكْثَرَ. قَالَ: هِيَ امْرَأَتُهُ وَهُذِهِ رَجْعَةٌ.

وذكر فِي كِتَاب الدَّعْوَى فِي الْمُطَلَّقَةَ طلاقاً رجعياً، إِذَا ولدت وَلَدَاً لِأَقَلَّ من سَنَتَيْنِ بيوم أنّه لَا يَكُون رجعة، وَإِذا جاءت بِهِ لأكثر من سَنَتَيْنِ كَانَ ذَلِكَ رجعة.

لِأَنَّهَا إِذَا جاءت بِهِ لِأَقَلَّ من سَنَتَيْنِ احتمل الحدوث، فيصير رجعة، واحتمل العلوق قبل الطَّلاق فَلَا يكون رجعة، فَلَا يصير رجعة بالشك، فأمَّا هاهنا فَقَدْ عارضه أَمَرَ آخر وَهُوَ أَنَّهُ إن لَمْ يُجعل رجعة وجب أن يصير مع الْأَوَّل بطناً واحداً، والاتحاد لَا يثبت بالشك إِذَا كَانَ بين الولدين ستة أشهر فصاعداً لَمْ يصلح أن يُجعل بطناً واحداً، فيصير الحدوث راجحاً بهذا المعنى، فيصير مراجعاً، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، ونظيرها فِي الإيمان من الجامع الكبير.

٢٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَأَغْلَقَ بَابَاً وَأَرْخَى سِتراً ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَقَالَ: لَمْ أَدْخَلَ بِهَا، ثُمَّ راجعها، ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ من سَنَتَيْنِ بِيومٍ؛ قَالَ: هَذِهِ رجعةٌ وَهِيَ امْرَأَتُهُ.

وَهَـذِهِ مِـنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَـا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّهَا لما جاءت بولـد فَقَدْ ثبت أَنَّهُ وطئها، وصار محكوماً عَلَيْهِ بِذَلِكَ عَلَى ما قلنا، فثبت ما ينبني عَلَيْهِ، والله أعلم.

٢٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ إِنْ تَزَوَّجتُ فُلَانةً فَهِيَ طَالِقٌ، فَتَزَوَّجَهَا فَتَأْتِي بِوَلَدٍ لِسِـتةِ أَشْـهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوجهَا؛ قَالَ: هُوَ ابْنُهُ، وعَلَيْهِ المَهْرُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، والمراد بقولَهُ: من يوم تَزَوَّجَهَا، حين تَزَوَّجَهَا، لِأَنَّ الفعل مَتَـى أضيف إِلَى الْيَوْم يراد بِهِ الْوَقْت، حَتَّـى قلنا فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ يوم يقدم فلان فقدم فلان الليلة وقع الطَّلاق لما قلنا، وكان يَنْبَغِي أن لَا يثبت النسـب، لِأَنَّ النَّسـب لَا يثبـت إِلَّا باحتمال الماء، وَلَا احتمال هاهنـا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ من النكاح ثُمَّ الوطء ثُمَّ ستة أشهر لوضع الحمل، وَقَدْ اعتبرت المدة من حين التزوج هاهنا.

والجواب: أنَّ النسب يثبت بطريق الاحتمال، والنكاح يقوم مقام الماء حينئذ، والاحتمال موجودٌ هاهنا، وَهُوَ أَنَّهُ خالط امرأةً فدخل عَلَيْهِ الرِّجَال فتزوجها، وَهُوَ مخالطهـا، والداخلون يسـمعون يشـهدون ثُمَّ أنزل، فيكون وقـت النكاح ووقت الوطء واحداً والنَّسب مِمَّا يحتاط فِي إثباته، فوجب بناؤه عَلَى هَذَا الاحتمال، وإِنْ كَانَ نـادراً فيكون عَلَى هَذَا الوجه قَدْ جاءت بِهِ لِأَقَلَّ من سـتة أشـهرٍ منذ الطَّلاق، ولسـتة أشـهرٍ منذ النكاح، فإن جاءت بِهِ لأكثر من ذَلِكَ يجب أن لَا يثبت النسب، لِأَنَّهَا قَدْ جاءت بِهِ بعد الطَّلاق قبل الدُّخُول ظاهراً لأكثر مِنْ سِـتَّةِ أَشْـهُرٍ فَلَا يثبت عندنا، والله أعلم.

٢٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ: أَمْرُكِ بِيدِكِ فِي تَطْلِيقَةٍ، أَوْ اخْتَارِي بِتَطْلِيقَةٍ، فَتَقُولُ: قَدْ اخْتَرتُ نَفْسِي؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ وَاحِدَة تَمْلِكُ الرَّجْعَة.

لِأَنَّهُ نَص عَلَى تمليك الطَّلاق الرجعي، وَإِذا لَمْ ينص عَلَيْهِ كَانَ تمليكاً لنفسها، فأوجب البينونة.

والمسألة الثانية من الخواص.

٢٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي أَوْ مَعَ مَوْتِكِ؛ قَالَ: لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ.

يريـد بِهِ أن لَا يقع شـيء من الطَّـلاق، لِأَنَّهُ قرنه بالموت وَهُـوَ حال انقضى [فِيهِ][1] ملك الطَّلاق، فَصَارَ باطلاً.

وَهِيَ من جنس الخواص.

٢٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ وَهِيَ أمةٌ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ عتق مَوْلَاكِ إِيَّاكِ، فَأَعْتَقَ الْمَوْلَى الْجَارِيَة، فَإِنْ الزَّوْج يَمْلِك الرَّجْعَة.

---

(١) الزيادة مني.

٢٦٢- وَإِنْ قَـالَ لَهَا: إِذَا جَاءَ غَدٌ فأَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ، وَقَالَ لَهَا مَوْلَاهُا: إِذَا جَـاءَ غَدٌ فَأَنْتِ حُـرَّةٌ، فَجَاءَ غَدٌ طلقت ثِنْتَيْنِ، وَلَا تَحِـلُ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجَاً غَـيرَهُ، وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ زِيادَة، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُمَا سَـوَاءٌ، وَزَوُجُهَا يَمْلِك الرَّجْعَة فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً، وَلَمْ يَذْكُرْ الخِلَافَ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلِيمَانَ.

أَمَّـا وجه المسـألة الْأُولَى فَقَالَ بعضهم: أَنَّهُ قرن الطَّـلاق بوقوع العتق، وَإِذا صَـارَ إيقاعه مقروناً بوقوع العتـق، كَانَ وقوعه بعد وقوع العتق لَا محالة فيصادفها وَهِيَ حرة، وَهَذَا وجه غير صحيح لِأَنَّ قولَهُ: (مع عتق مولاك إياك) أراد بِهِ الإعتاق، واستعار الحكم عن علته.

أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ (إياك)؟ وَلَا يسـتعمل ذَلِكَ إِلَّا فِيمَا يتعدى من الفعل، لكن لذلك وجهان:

أحدهمـا: أنَّ إيقاع الطَّلاق قُـرِنَ بإيقاع العتاق فوجب تأخيـر الطَّلاق عَنْهُ كأنَّه علقه بِهِ، وَإِنَّمَا وجب ذَلِكَ لِأَنَّ إضافته إِلَيْهِ عَلَى سـبيل القِران لَا يتصور قبل وجـوده وَلَيْسَ فِي وسـعه إيجاده -أعني العتاق- فوجـب الترتيب عَلَيْهِ ضرورة القـران بناء عَلَى وجوده، بخلاف ما يَمْلِك إيقاعه بِنَفْسِـهِ لِأَنَّ ذَلِكَ يصير مقروناً بطريق الملك.

والثاني: إنَّ حال الإعتاق والعتق وزوال الرق حالة وَاحِدَة لَا ترتيب فِي ذَلِكَ، لِأَنَّ الإعتاق للعتق بِمَنْزِلَةِ الكسـر للانكسـار، والانكسار لَا يعقب الكسر فَكَذَلِكَ العتـق مع الإعتـاق، وَكَذَلِكَ العتق ضد الرق، وزوال أحـد الضدين لَا يبتني عَلَى وجود الضد الآخر، لَا يقال يوجد اللَّيْل ويذهب النَّهار، أَوْ توجد الحركة ثُمَّ يذهب

السـكون، لِأَنَّ ذَلِكَ يؤدي إِلَى الجمع بين الضدين لكن الوجود والزوال مَعاً، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ صَارَ إيقاع الطَّلاق حال وجود العتاق فوقع الطَّلاق عَلَى الحرة.

ومحمَّـد احتج فِي الفصـل الثَّانِي بهذا الطَّرِيـق الثَّانِي الَّذِي ذكرنـا، وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ رحمهمـا: الله بأنَّ إيقاع العتق وإيقـاع الطَّلاق اجتمعا فِي زمان واحد، والإعتاق يصادف الرق، فَكَذَلِكَ إيقاع الطَّلاق يصادف الرق لَا تعلق لِأَحَدِهِمَا بصاحبه فِي هَذَا الخلاف.

[فـ] المسـألة الْأُولَى لِأَنَّ هناك تعلق الطَّلاق بالعتاق فوجب التأخير لما بينا من الطَّرِيق الْأُولَى، وَهَذَا الفصل كله من الخواص.

٢٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ إِنْ كَلَّمْـتِ أَبَا عَمْرو وَأَبَا يُوسُـفَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً، ثُمَّ طَلَّقَهَـا فَبَانَتْ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ كَلَّمتْ أَبَا عَمْرو، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ كَلَّمتْ أَبَا يُوسُفَ طَلُقَتْ ثَلَاثاً.

وَهَذَا عَلَى وجوه: أَمَّا إن وجد الشرطان جَمِيْعاً فِي الملك طلقت، وَإِنَ وجدا فِـي غَيْرِ الملك لَمْ تطلق، لِأَنَّ الجزاء لَا يقع فِي غَيْـرِ المِلك، وَإِنَ وجد الْأَوَّل فِي الملك والثاني فِي غَيْرِ الملك لَمْ يحنث لما قلنا.

وَإِنَ وجـد الْأَوَّل فِي غَيْرِ الملك والثاني فِـي الملك طلقت عندنا، لِأَنَّ حال وجـود الشـرط الْأَوَّل حال بقاء الْيَمِين فيسـتغنى عن بقاء المِلـك كما قبل وجود الشـرط لِـلْأَوَّلِ، وحال الحنث حال وجود الشـرط الثَّانِـي، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ صحَّ الجزاء لوجوده فِي المِلك.

٢٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي غدٍ، وَقَالَ: نَوَيْتُ آخِرَ الْيَوْمِ؛ قَالَ: يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ، ويدين فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللّٰهِ تَعَالَى.

وجه قولَهُما: إنَّ حذف حرف (فِي) فِي الظرف وإثباته سواء، يقال خرج فلانٌ يوم الْجُمُعَة وَفِي يوم الْجُمُعَة لَا يَخْتَلِفَانِ، وهاهنا أجمعنا أَنَّهُ لو قَالَ: غداً ونوى آخر النَّهار لَمْ يُدَنْ فِي الْقَضَاءِ فَكَذَلِكَ هَذَا، ولأَبِي حَنِيفَةَ أنَّ الظرف مَتَى اتصل بِهِ الفعل[1] بِغَيْرِ واسطة اقتضى استيعابه إن أمكن، وَإِذا وصله بواسطة حرف الظرف فإنَّما يقع عَلَى جزء مِنْهُ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يتخلل الواسطة وقع عَلَى كله.

وحاصله أنَّ الْوَقْت يناسب الفعل مِنْ وَجْهٍ لانقضائه، ومِنْ وَجْهٍ يغايره، فيحذف حرف الظرف مرة عملاً بالشبه الْأَوَّل، ومرة يثبت عملاً بالثاني، وعندهما يحذف اختصاراً، فَصَارَ عند أَبِي حَنِيفَةَ متصلاً بِهِ بلا تخلل الواسطة فوقع عَلَى كله.

ومثاله رجلٌ قَالَ: إن صمتُ الدهر فَعَبْدِي حُرٌّ، أَنَّهُ يقع عَلَى صوم الأبد، وَلَوْ قَالَ: إن صمت فِي الدهر فَعَبْدِي حُرٌّ، فَإِنَّهُ يقع عَلَى صوم ساعة مثلاً لما قلنا، وَكَذَلِكَ فِي هَذِهِ المسألة إِذَا قَالَ: (غداً) يقع عَلَى كل النَّهار فَلَا يَمْلِك تبعيضه فِي الحكم، وَإِنْ قَالَ: (فِي غَدٍ) وقع ذَلِكَ عَلَى جزءٍ من الغد، فَإِذَا نَوَى آخر النَّهار كَانَ تعييناً لَا تغييراً.

---

(١) فِي ب: المظروف

٢٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ وَاحِدَة يَنْوِي الطَّلاقَ فَهِيَ طالقٌ وَاحِدَة يَمْلِك الرَّجْعَةَ.

وَهَذَا عندنا، وَقَالَ الشافعي ﷺ: نيته باطلةٌ لِأَنَّ الواحدة صفة شخصها، فَلَا يحتمل الطَّلاق، كقولَهُ أنت قائمة أَوْ قاعدة ونَوى الطَّلَاقَ لَا يقع الطَّلاق.

وجه قولنا: أَنَّهُ نَوَى ما يحتمله كلامه، لِأَنَّ الواحدة يحتمل نعتاً لمصدرٍ محذوفٍ كما يصلح اسماً لشخصها من قبل إنْ حُذف المنعوت، وإقامة النعت مقامه سائغ فِي اللغة، يقال: ضربته وجيعاً أي ضرباً وجيعاً، وأعطيته جزيلاً، فَإِذَا نَوى الطَّلَاقَ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طلقةً وَاحِدَة، ومن أصحابنا من قَالَ: إِذَا أعرب الواحدة بالرفع فَقَالَ: (أنت وَاحِدَة) لَمْ يقع شيء، لِأَنَّهُ صفة شخصها، وَإِنَ نصبها فَقَالَ: (أنت وَاحِدَة) يجب أن يقع الطَّلاق لَا محالة لِأَنَّهُ نعت مصدر محذوف، وَإِنَ سكَّن وَلَمْ يحرك بإعراب فعلى الاختلاف.

وَقَالَ عامة مشايخنا: بَلْ الكل عَلَى الاختلاف، لِأَنَّ العامة لَا يميزون بين وجوه الإعراب، [فَلَا][1] يصح بناءُ[2] حكم يَرْجِع إِلَى العامة عَلَى هَذَا، بَلْ الكل سواء، وَإِنَّمَا يقع الطَّلاق إِذَا نواه، ويقع رجعياً، لِأَنَّ المحذوف صريح الطَّلاق.

٢٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ

(١) فِي الأصل فإن، والتغيير مني.

(٢) فِي ب: بِهَا

طَالِقٌ حَيثُ شِـئْتِ أَوْ أَيْنَ شِـئْتِ؛ قَالَ: لَا تَطْلُق حَتَّى تَشَـاءَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْ مَجْلِسهَا قَبْلَ أَنْ تَشَاءَ فَلَا مَشِيئَةَ لَهَا.

لِأَنَّ (أيـن) من ظـروف المكان، و(حيث) من أسـماء المـكان أَيْضاً، وَلَا اتصـال للطلاق بالمـكان فيلغو ذكره، ويبقى ذكر المشـيئة شـرطاً فِي الطَّلَاق، وَذَلِكَ كرجلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: (أَنْتِ طَالِقٌ الساعة إِنْ كَانَ فِي علم الله تَعَالَى أَنَّ فُلَاناً يقدم إِلَى شـهر) إنَّ ذكر السـاعة يلغو، لِأَنَّ مطلق الإيجاب يتناوَلَهُا لو لا الشرط، وعلم الله تَعَالَى لَا يصلح شـرطاً فيبقى القدوم شـرطاً، كَانَ حرف الشـرط دَخَلَ عَلَيْهِ لَا غير فَكَذَلِكَ هَذَا.

٢٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِـقٌ أَمْسُ، وَإِنَّمَا تَزَوَّجَهَـا الْيَوْم؛ قَالَ: لَا تَطْلُـقُ، وإِنْ كَانَ تَزَوَّجَهَا أَوَّلَ مِنْ أَمْسِ فَهِيَ طَالِقٌ السَّاعَةَ.

وذكر فِي الأصل: (طلقتك أمسِ) وَإِنَّمَا تَزَوَّجَهَا الْيَوْم، وَذَلِكَ فعلٌ ماضٍ فَلَا يُشـكل إِذَا أضيف إِلَى ما قبل النكاح أَنَّهُ يلغو، فأمَّا هَذَا فإنشـاءٌ فَلَا يصلح إضافته إِلَى زمانٍ ماضٍ، فيجب أن تلغو الإضافة فِيهِ.

والجواب عن هَـذَا: أَنَّ قولَهُ (أَنْتِ طَالِقٌ) خبر بصيغتـه، وَإِنَّمَا يجعل إيجاباً إِذَا تعـذر تحقيقه بصيغته، فَإِذَا تَزَوَّجَهَا الْيَوْم فَقَدْ أمكن تحقيقه بصيغته لِأَنَّهَا كَأَنْتِ طَالِقاً عَنْهُ أمس، فَلَمْ يجب إيقاع الطَّلَاق، وَأَمَّا إِذَا تَزَوَّجَهَا أول من أمس فَلَمْ يستقم العمل بصيغته، فوجب إضمار الواقع فِيهِ اقتضاء.

٢٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةُ أَنْصَاف تَطْلِيقَتَينِ؛ قَالَ: هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً.

وَهَـذِهِ مِـنْ الخَـواصّ، وأوردها لإشـكال أنَّ كل عـددٍ نصصته لَـمْ يَكُنْ لَهُ الإنصاف، فالقول بالثلاثة فِي ذَلِكَ يجب أن يلغو.

والجـواب: أَنَّهُ إِنَّمَا أراد بهذا تسـمية الطَّلاق بِأَنَّهُ نصـف تطليقتين، ونصف تطليقتين وَاحِدَة، ثُمَّ جعله جمعاً فَصَارَ كما إِذَا سَمَّى الطَّلاق باسم آخر ثُمَّ جمعه، فيصير جمعاً لَا محالة.

٢٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُرِيدُ أَنْ يُطَلِّقَ امْرَأَتَـهُ ثَلَاثاً للسُّـنَّةِ وَهِيَ حاملٌ. قَالَ: يُطَلِّقُهَا السَّـاعَةَ وَاحِدَة، وَبَعْدَ شَـهْرٍ أُخْـرَى، وَبَعْدَ شَـهْرٍ أُخْرَى. وروي ذَلِكَ عَنْ حَمَّادٍ عَـنْ إِبْرَاهِيمَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُـفَ ﷺ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا تَطْلُقُ الحَامِلُ للسُنَّة إِلَّا وَاحِدَة، وَلَا تَطْلُـقُ للسُـنَّة بالشـهور، لِأَنَّ عِدَّتَهَا غيرُ الشُّـهورِ، وَهُوَ قَـوْلُ زُفَرَ ﷺ، قَـالَ محمَّد ﷺ: وَكَذَلِـكَ بَلَغَنَا عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْـعُودٍ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ الأَنصَارِي ﷺ وَالحَسَنِ البَصْرِي ﷺ.

الزيـادة فِي هَـذِهِ الرواية قولَهُ: و(لَا تطلق للسـنة بالشـهور) لِأَنَّ عدتها غير الشهور، وَاحْتَجَّ محمَّد ﷺ بِمَا روي فِي الْكِتَاب، ولأنَّ هَذِهِ مدة خالية عن فصول

العدة وأركانها فَلَا تقبل الثَّلَاث للسـنّة كالطهر الممتد، وَهَذَا لِأَنَّ الشـهر زيادةٌ فِي هَذِهِ العدة لَا عبرة بِهِ فِي الانقضاء، فَصَارَ كشهور ذوات الأقراء.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أَنَّ الله تَعَالَى أوجب تفريق الثَّلَاث فِي زمان العدة وهذه المدة زمان العدة بِالْإِجْمَاعِ. فإنَّ الله تَعَالَى قَالَ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطَّلَاق: ١]، ولأنَّ هَذِهِ مدة عدةٍ كاملة، فيصبح فِيهَا تفريق الثَّلَاث عَلَى سبيل السنة كعدة الآيسـة والصغيرة، وَلَا يُشـكل أنَّها مـدة العدة لِأَنَّهُ يلزمهـا الحداد وأحكام العدة، ويحرم عَلَيْهَا الخروج.

وَأَمَّـا الفصل بالفصـول والأركان فَلَيْسَ بواجب، بَـلْ الواجب زمان يصلح دليـلاً عَلَى تجدد الحاجة، والزمان الممتد يصلح دليلاً عَلَى تجدد الحاجة، وأدناه شهر لِأَنَّهُ أدنى الآجال فِي الشريعة والعادة.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ قدر بِهِ تقادم الحدود بِالْإِجْمَاعِ؟ وأنَّه لو حلف ليقضين حق فلان عاجلاً كَانَ لَهُ من المدة ما دون الشهر؟

والحديث لَيْسَ بحجـة لِأَنَّ لفظه: (أفضلُ طلاقِ الحاملِ أن يطلقها وَاحِدَة ثُمَّ يدعها حَتَّى تضع حملها)، وَبِهِ يقول إنَّ الأفضل والأحسن فِي كل امرأة الاقتصار فِي طلاقها عَلَى وَاحِدَة، وَقَدْ ازداد بِذَلِكَ حُسناً فِي الحامل لمكان الحمل، والله أعلم.

أَلَا تَرَى أَنَّ الحمل سببٌ لزيادة الندامة عَلَى الطَّلَاق.

٢٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي صَبِيٍّ مَاتَ عَنْ امْرَأَتِهِ وَهِيَ حَامِلٌ؛ قَالَ: عِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، وَإِنَ حَمَلَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَعِدَّتُهَا الشُّهُورُ.

وَهَذَا استحسانٌ من علمائنا، وتفسير قيام الحمل يوم الموت أن تأتي بولد بعد موته لِأَقَلَّ من ستة أشهرٍ، وَإِنَّمَا يعرف حدوث الحمل بعد موته بأن تضعه لستة أشهر فصاعداً عند عامة مشايخنا، وَقَالَ بعضهم: بأن تأتي بِهِ لأكثر من سَنَتَيْنِ، والأول أصح، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: عدتها الشهور، لِأَنَّهُ حملٌ منتف عن الميت بيقينٍ، فَلَا تنقضي بِهِ العدة كالحمل الحادث، ولأصحابنا قول الله تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطَّلاق: ٤]، وَهِيَ عامةٌ فِي الوفاء وغيرها، وَهِيَ قاضيةٌ[١] عَلَى الأشهر لما روي عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: (من شاء باهلتُه إنَّ سورة النِّسَاء القصرى[٢] نزلت بعد الَّتِي فِي سورة البقرة)، وَهِيَ قولَهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٤])[٣].

ولأنَّ وضع الحمل يصلح دليلاً عَلَى براءة الرحم فتعلق بِهِ الانقضاء كالذي ينسب إِلَى الميت، وَإِنَّمَا الأثر لما قلنا لَا للنسبة، كالحيض فِي عدة الطَّلاق، فَإِذَا حصل الموت وَهِيَ حاملٌ فَقَدْ وجد لشغلٍ قائمٍ متعلقٍ انقضى النكاح لوضعه.

فأمَّا إِذَا وَلدت بعد موته فِي مدة يُحتمل أن تكون حادثاً لَمْ يثبت وجوده عند الموت حقيقة وَلَا حكماً لأمرٍ شرعيٍ وَهُوَ النسبة إِلَى الميت ليثبت بناءً عَلَيْهِ متعلَق الانقضاء بالأشهر فَلَمْ يحتمل البطلان، وَهَذَا كمن أَعْتَقَ أمة ثُمَّ ولدت لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ صَارَ معتقاً قصداً[٤]، ومولىً للمعتق قصداً لَا تبعاً للأم.

فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لَمْ يثبت وجوده يوم الاعتاق فَصَارَ تبعاً للأم

---

(١) أي ناسخة، حاشية أ

(٢) سورة النِّسَاء القصرى هِيَ سورة الطَّلاق.

(٣) رواه الطبراني فِي الكبير برقم/ ٩٦٤١ .

(٤) أي صَارَ الْوَلَد معتقاً.

فِي الولاء إِلَّا أن يثبت وجوده يَوْمَئِذٍ تبعاً لحكم شرعي، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَدْ مَاتَ أبوه فجاءت بِهِ إِلَى سَنَتَيْنِ فأضيف وجوده إِلَى حياة ابنه فيصير معتقاً مقصوداً حينئذ، فَكَذَلِكَ أَيْضاً هاهنا إِنْ كَانَ الميت كبيراً يثبت وجوده عند موته تبعاً لحكم شرعي وَهُوَ النسب، فتعلق الانقضاء بِهِ، وَلَمْ يوجد ذَلِكَ هاهنا.

قَالَ: وَكَذَلِكَ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله فِي زوجة الكبير تأتي بولد بعد موته لأكثر من سَنَتَيْنِ بيوم، وَقَدْ تزوجت بعد مضي أربعة أشهر وعشر بيوم، قالا: النكاح جائزٌ، وَذَلِكَ أَنَّها لو لَمْ تُنكح حَتَّى ولدت لأكثر من سَنَتَيْنِ لَمْ يثبت نسب الْوَلَد مِنْهُ، لِأَنَّ الْوَلَد لَا يبقى فِي بطن أمه أكثر من سَنَتَيْنِ.

وَلَوْ تزوجت بعد الأربعة الأشهر والعشرة الأيام، ثُمَّ جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً بعد التزوج لَمْ يثبت نسبه من الميت، وإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِأَقَلَّ من سَنَتَيْنِ، وَلَمْ يبطل النكاح، وكان النسب من الزَّوْج الحي، فهاهنا أولى، فأمَّا إِذَا لَمْ تتزوج حَتَّى جاءت لأكثر من سَنَتَيْنِ لَمْ يتعلق بِهِ الانقضاء عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله، وتعلق عند أَبُو يُوسُفَ رحمه الله، وإِنْ كَانَ النسب لَا يثبت.

وأصله فِي المبتوتة إِذَا ولدت لأكثر من سَنَتَيْنِ أَنَّ نسبه لَا يثبت، وتنقضي العدة بالأقراء عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله، حَتَّى يلزمها عندهما أن ترد نفقة ستة أشهر كأَنَّها تزوجت فَوَلَدَتْ من الزَّوْج الثَّانِي، وعند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: يتعلق بِهِ الانقضاء حَتَّى لَا ترد شَيْئاً من النفقة، فَكَذَلِكَ هاهنا إِلَّا أَنَّهُ لَا نفقة هاهنا.

٢٧١- مَسْأَلَةٌ

محمَّد عن يعقوب عن أَبِي يُوسُفَ رحمه الله، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ بائنٌ، أَوْ طالقٌ البَتَّةَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ.

لِأَنَّ البائـن والبتـة تصلح وصفاً للمرأة بالطَّـلاق الْأَوَّل، فَلَا يجب إِلَّا إثبات مقتضـىً وَاحِـدٍ، والمقتضى ضروري، فإِنَّمـا يؤخذ فِي ذَلِكَ بِمَا هُـوَ الأدنى، وَلَوْ جعلنـا البائن والبتة طلاقـاً آخر لاحتجنا إِلَى إثبات مقتضى آخـر فَلَمْ يفعل إِلَّا أن ينوي.

[مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ لَمْ يَدْخُلْ فِي الأَبْوَابِ]

٢٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي العِنِينِ يُؤَجَّلُ سَنَةً، فَإِنْ قَالَ: قَدْ جَامَعْتُهَا، فَإِنْ كَانَتْ بِكْراً فَقَالَتْ: لَمْ يُجَامِعْنِي نَظَرَ النِّسَاءُ إِلَيهَا، فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بِكْرٌ خُيِّرَتْ، وإِنْ كَانَتْ ثَيِّباً فِي الأَصْلِ فَقَالَ: جَامَعْتُهَا، فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلَهُ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ، فَإِنْ قَالَ: بَعْدَ الحَوْلِ لَمْ أُجَامِعَهَا خُيِّرَتْ، فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ. وَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وَلَا خِيَارَ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ أَبَداً.

[مطلب في العنين]

العنين الَّذِي لَا يصل إِلَى النِّسَاء، وَقَدْ يصل إِلَى الثيب دون الأبكار، وَإِنَّمَا يكون ذَلِكَ لمرض بِهِ أَوْ ضعف فِي خلقته أَوْ لكبر سنه، أَوْ يكون المأخوذ عن النِّسَاء بسحر(١)، فالسحر حقٌّ عندنا وجوده وتصوره وأثره [لَا فعله](٢).

والجواب فِي الكل واحدٌ أنَّ الْمَرْأَة إِذَا خاصمته إِلَى القَاضِي، فإن ادَّعَى الوصول إليها وَهِيَ بكر، فَإِنَّهَا تُرى النساءَ(٣)، فإن قلن هِيَ ثيب فالقول قولَهُ مع

(١) فِي الأصل موخذاً، والمقصود بِهِ المربوط عن النِّسَاء بالسحر.

(٢) فِي ب لما علم من عقيدة أَهْل السنة والجماعة أن الفاعل هُوَ الله سبحانه وتعال، وأنه لَا فعل لمخلوق.

(٣) أي تراها النِّسَاء وتعرض عَلَيْهِن.

يمينه، لِأَنَّهُ أنكر حق الفرقة، وَإِنَ قلن هِيَ بكر وجب تأجيله سـنة، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يصل إليها، وجب تأجيله سنة كَذَلِكَ، روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، وعَلَى ذَلِكَ إجماع الصحابة رضوان الله عَلَيْهِم أجمعين، وَإِنَّمَا وجب تأجيله إيلاءً لعذره، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ من دأبه أَوْ طبع غالب عَلَيْهِ زال فِي بعض فصول السنة، فَإِذَا تم الحول من عنـد حكم القَاضِي فخاصمته، وادعت أَنَّهُ لَمْ يصل إليها، فَإِنْ قَالَ: قَدْ وصلت فِي هَـذَا الحول إليها فإِنْ كَانَتْ ثيباً فالقول قولَهُ مع يمينه، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا حق لَهَا، وَإِنْ نَـكَلَ خيرت، وإِنْ كَانَتْ بكراً نظر إليها النِّسَـاء، فإن قلن هِيَ ثيب فالقول قولَهُ مع يمينه أَيْضَاً، لِأَنَّ قول النِّسَاء لَيْسَ بحجةٍ، فوجب تحليفه.

وَإِنَّمَـا ثبتـت الثيابة بقولَهُنَّ لَا الوصـول، فإن قلن هِيَ بكـرٌ فَإِنَّهَا تخير، لِأَنَّ البـكارة أصـلٌ، وعدم الوصول بنـاءٌ عَلَيْهِ، فـإن اختارت المُقام مَعَـهُ بطل حقها، وَإِنَ اختـارت الفُرقة فرّق القَاضِي بينهمـا، وكان بطلاقٍ بائنٍ عندنا، لِأَنَّ النكاح لَا يحتمل الفسـخ وَقَدْ اسـتحقت الْمَرْأَة الفراق فوجب الحكم بِمَـا يحتمله النكاح، فنـاب القَاضِي عَنْهُ فِي الإبانة، وعند الشـافعي رحمه الله هُوَ فسـخ بنـاءٍ عَلَى مذهبه أَنَّ النكاح يحتمل الفسخ.

٢٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي المبْتُوتَةِ، وَالمُتوفى عَنْهَا زَوجُهَا، لَا تدَّهن بِزَيتٍ مُطيَّبٍ وَلَا غَيرِ مُطيَّبٍ، وَلَا تَدَّهِنُ بِشَيْءٍ مِنْ الأَدْهَانِ، إِلَّا مِنْ وَجَعٍ.

وأصـل ذَلِـكَ: أَنَّ الْمُتَوَفَّى عَنْهَـا زوجها يلزمها الحداد وَهُـوَ ترك الزينة فِي

العِدَّةِ بِالْإِجْمَاعِ [للسنة][(١)]، وَهُوَ ما روي عن أم حبيبة ﵂ أنَّها دعت بطيب بعد ثلاث من موت أبيها أبي سفيان، وقالت: ما بي إِلَى الطيب من حاجة، ولكن سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)[(٢)].

واختلفوا فِي المبتوتة: فَقَالَ أصحابنا: عَلَيْهَا الحداد، وَقَالَ الشافعي ﵀: لَيسَ عَلَيْهَا الحداد، لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا لزمها فِي الوفاة تأسفاً عَلَى ما فاتها من حُسنِ عشرة الزَّوْج بأن دام عَلَى صحبتها حَتَّى مَاتَ، وَهَذَا قَدْ فارقها وأوحشها وَلَمْ يمت عَنْهَا[(٣)]، وقلنا نحن: هَذِهِ أثر المصيبة بفوات النكاح الَّذِي شرع نعمة خالصة للنساء لما فِيهِ من صيانتهن ودرور النفقة عَلَيْهِن والانقطاع فِي الحياة أكثر، لما قَدْ بينا أَنَّ حكم النكاح بعد الوفاة باقٍ إِلَى أن تنقضي العدة، ومع الثَّلَاث والإبانة لَا بقاء لَهُ أصلاً، فَلَمَّا وجب الحداد بعد الوفاة فهاهنا أولى.

[مطلب: في الحداد على الزوج]

وَأَمَّا الحداد لحق الزَّوْج بِعَيْنِهِ فَلَا يزداد عَلَى ثَلَاثَة أيام، لِأَنَّهُ مع كمال حاله لَا يزيد منزلته عَلَى منزلة الأب، وحق الأب فِي الحداد يصير مقضياً بثلاثة أيام لما رُوينا أَنَّ أكثر المصائب مقدر بثلاثة أيام، ففي الزَّوْج أولى، وَإِنَّمَا شرع إِلَى آخرَ العدة تعظيماً لخطر النكاح لَا لحق الزَّوْج، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا: حَرُمَ عَلَيْهَا كل

---

(١) حاشية أ

(٢) رواه مسلم برقم/ ١٤٩٠/، والترمذي برقم/ ١١٥٩/، والطبراني فِي الكبير برقم/ ١٤٠/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٥٢٩٨/، كلهم بلفظ (لَا يحل).
وروأه ابن راهويه فِي مسنده برقم/ ١٦١/ بلفظ (لَا تحل).

(٣) أي المطلّقُ.

زينــة من الطيب والحرير والزيت المطيب أَوْ دهن آخر مطيب لَا يشــكل تحريمه، وَكَذَلِكَ غير المطيب بمعنى المطيب لَا يختلف عَنْهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يحرم عَلَى المحرم وفيه زينة الشــعر كاملة إِلَّا من وجع؟ لِأَنَّ فِيهِ ضرورة، والمراد بِهِ الدواء لَا الزينة، وَكَذَلِكَ إِذَا احتاجت إِلَى لبس الحرير لعذر لَمْ يَكُنْ بِهِ بأس لما قلنا، فَإِنْ كَانَتْ اعتادت الدُّهن فخافت وجعاً يحل بِهَا لو لَمْ تفعل، فــإِنْ كَانَ ذَلِكَ أمراً ظاهراً معروفاً حل لَهَــا أَيْضاً، لِأَنَّ الاحتراز قبل الوقوع واجبٌ شرعاً، والواقع غالباً بِمَنْزِلَةِ الموجود، والله أعلم.

٢٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُطَلَّقَةَ وَالْمُتوفي عَنْهَا زَوْجُهَــا، لَا يَخْرُجَانِ مِنْ الْمَسْــكَنِ الَّذِي كَانَتَا تَسْــكُنانِ فِيهِ يَــوْمَ مَاتَ وَيَوْمَ طَلَّقَ؛ لَا تَخْرُجُ الْمُطَلَّقَةُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلاً وَلَا نَهَاراً، وَتَخْرُجُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا نَهَاراً وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ بَيْتِهَا.

أَمَّا فِي الْمُطَلَّقَةَ فإِنَّ الســكنى واجبةٌ فِي منزل الــزَّوْج، والخروج حرامٌ بقولَهُ تَعَالَــى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطَّلاق: ٦]، وَقَــالَ الله تَعَالَى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطَّلاق: ١]، وأراد بِهِ بيوتكم، لَكِنَّهُ نُســب إليهن لحق السكنى، كما قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣].

فــإِنْ كَانَ الطَّلاق ثَلَاثَاً أَوْ بائناً فَلَا بُدَّ مــن حائل بينها وبين الَّذِي أبانها، ثُمَّ لَا بَأْسَ لِأَنَّهُ معترفٌ بالحرمة إِلَّا أَنْ يَكُونَ فاسقاً يُخاف عَلَيْهَا مِنْهُ، فتخرج لهذا العذر فتســكن منزلاً آخر ثُمَّ لَا تخرج أَيْضاً، وَإِنَ خرج الزَّوْج وتركها فَهُوَ أولى للاحتراز

عـن الخـروج، وَإِنَ جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر عَلَى الحيلولة فحسـن، وَإِنَ ضاق عَلَيْهَا المنزل فلتخرج، والأولى أن يخرج الزَّوْج فيكتري منزلاً ويدعها فِيهِ.

وَإِنَّمَا يعتبر منزلهما الَّذِي كَانَ يسـكنان فِيهِ يوم الموت والفراق، فإِنْ كَانَ فِي غيْـرِ ذَلِكَ المنزل فائدة أَوْ لأمر انتقلت إِلَيْـهِ مِنْ غَيْرِ تأخير، ولَا بَأْسَ بالخروج فِي الوفاة، لما روي عن فُريعة أخت أبي سـعيد الخدري أَنَّها أتت رسول الله ﷺ وَقَدْ هَلَكَ زوجها تسـتأذنه بالرجوع إِلَى أهلها بني خدرة، فإذن لَهَا ثُمَّ دعاها، فَقَالَ لَهَا: أعيدي المسـألة فأعادت فَقَـالَ: (لَا حَتَّى يبلغ الْكِتَاب أجلـه)(١). فَلَمْ ينكر عَلَيْهَا خروجهـا إِلَيْهِ، لأمـر كَانَ يجري فِيهِ النيابة، وأمرها مـع ذَلِكَ بالكف عن الخروج إِلَـى أهلها، فثبت أَنَّهُ واجب عَلَيْهَـا البيتوتة فِي منزل زوجها وَذَلِكَ كله صيانة لماء الـزَّوْج، وقضاء لحق العدة، وَإِنَّمَا أبيح لَهَا الخروج بالنهـار هاهنا لِأَنَّهُ لَا نفقة لَهَا فِي مَالِ زوجها، فتضطر إِلَى الخروج لمعاشـها بخـلاف المبتوتة، لِأَنَّ نفقتها دارّة عَلَيْهَـا مـن مال زوجها، وإِنْ كَانَتْ مختلعةً عَلَى أن لَا نفقة لَهَا، فَقَدْ قَالَ فِيهَا بعض مشـايخنا: لَهَا أن تخرج لمعاشـها كالمتوفى عَنْهَا زوجها، قالـوا: أَلَا تَرَى أَنَّها قَدْ تضطر فِي ترك النفقة لتتخلص عَنْهُ؟

وَقَـالَ بعضهم: لَا تخرج لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي اختارت إبطال النفقة فَلَا يصح ذَلِكَ

(١) الحديث عنْ فريعةَ أختِ أبي سـعيدِ الخدريِّ قالتْ: انطلـقَ زوجي يطلبُ أعلاجاً، حَتَّى إِذَا كانَ بطرفِ القدّومِ لحقوهُ، فقتلوهُ، فأتيتُ رسـولَ اللهِ ﷺ فقلتُ: إنَّ زوجي قتلَ بطرفِ القدّومِ، وإنَّ زوجي لمْ يدعْ لِي مسـكناً، وَلَا مَالاً، وإنّي أردتُ أنْ أنتقلَ إِلَى إخوتي فيكونَ أجمـعَ لأمرنا، قالتْ: فأذنَ لِي، فخرجتُ حَتَّـى إِذَا كنتُ ببعضِ الحجرةِ دعاني النّبي ﷺ، فقـالَ: «امكثـي فِي البيـتِ الَّذِي أتاكِ فيـهِ نعيُ زوجكِ، حَتَّـى يبلغَ الْكِتَـاب أجلهُ»، رواه الطبراني فِي الكبير برقم/ ١٠٨٤/.

فِي إبطال حق عَلَيْهَا، وَذَلِكَ كما إِذَا اختلعت عَلَى أن لَا سكنى لَهَا أنَّ مؤنة السكنى تبطل عن الزَّوْج فتلزمها، فأمَّا أن يحل لَهَا الخروج فَلَا.

٢٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْم غَدَاً أَوْ غَدَاً الْيَوْم؛ قَالَ: يُؤخَذُ بِأَوَّلِ الوَقْتَينِ الَّذِي يَتَفُوهُ بِهِ.

أَمَّـا قولَهُ: (الْيَوْم) فإيقاع للحال يقع للحال، وقولَهُ: (غداً) إضافة، والواقع لَا يصح إضافته، وَلِأَنَّهُ غير معطوفٍ فَصَارَ لغواً، وَأَمَّا قولَهُ: (غداً) فأضافه، والمضاف إِلَيْهِ لَا يصح إيقاعه.

٢٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتزوجَكِ.

قَالَ: باطلٌ، لما ذكرنا أَنَّهُ صادقٌ فِي مقالته عَلَى صيغة كلامه.

٢٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الزوجين يَخْتَلِفَانِ فِي مَتَـاعِ البَيْتِ، وَأَحَدُهُمَـا مَمْلُوكٌ؛ قَالَ: المَتَاعُ لِلحُرِّ مِنْهُمَـا، وَكَذَلِكَ إن مَاتَ أَحَدُهُمَـا فَالمَتَاعُ لِلحُرِّ مِنْهُمَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّـدٌ ﷺ: العَبْدُ المأذُونُ، والمكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ.

وأصل هَذِهِ المسـألة فِي الزوجيـن الْحُرَّيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِـي متاع البيت أنَّ عند

أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله ما للرجال خاصة فللزوج، وَمَا للنساء فللمرأة مثل الغزل، والمشكل للزوج عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله، وعند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله جهاز مثلها لَهَا ثُمَّ الباقي للزوج.

وقول أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله فِي موت أحدهما، كَذَلِكَ عَلَى الخلاف، وأَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله قَالَ: فِي الموت الباقي مِنْهُمَا أحق، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْمَرْأَة إِذَا كَانَتْ هِيَ الباقية أنَّها أحق بِهِ من ورثة الميت، أَمَّا متاع كل واحد مِنْهُمَا فَلَهُ، لاعتبار ظاهر الحال مع يمينه، وَأَمَّا المشكل فإنَّ قدر جهازها لَهَا فِي الظاهر أَيْضاً.

وَلِذَلِكَ جَعَلَ لَهَا عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله وَهَذَا حسن، ووجه قولَهُما: إنَّ يد الكد حداً فِيهِ للرجال فِي العادات فَكَانَ المشكل كله لَهُ، والمشكل مثل الذهب والفضة والأمتعة والأواني والمواشي والعقار.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: بطلت يد الميت عن الكد حداً فِيهِ فصارت الْمَرْأَة أحق بالمشكل، ووجه قولَهُما إِلَى المأذون والمكاتب أَنَّهما من أصل اليد، فإن اثنين لو تنازعا فِي شَيْءٍ فِي أيديهما، أحدهما عبد مأذون أَوْ مكاتب، والآخر حر فإنهما سواء.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ يد الكد حداً فِيهِ فِي العادات للحرة دون الزَّوْج المملوك، فوجب أن تكون أحق.

٢٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ، فَتَقُولُ: قَدْ شِئْتُ إن شِئْتَ، فَيَقُولُ الزَّوْج شِئْتُ؛ قَالَ: ذَلِكَ باطلٌ.

وإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ بقولَهُ: (شئتُ) فَهُوَ بَاطِلٌ أَيْضاً، لِأَنَّ الزَّوْج إِنَّمَا فوض

إليهـا التنجيز، وَقَدْ خالفت فبطل الأمر، وخرج عن يدها، وإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ بقولَهُ: (شـئتُ) فَهُوَ بَاطِلٌ، لِأَنَّ لفظ الطَّلاق لَمْ يوجد، وَلَا تسـميه الْمَرْأَة، حَتَّى لو قالت: (شئتُ طلاقك)، ونوى الإيقاع يقع، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[بَابُ الوَلَدِ مَنْ أَحَقُّ بِهِ]

٢٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ تُرْضِعُهُ؛ فَقَالَ: أَنَا أَجِيءُ فِي بَيْتِهَا بِمَنْ تُرْضِعُهُ وَقَالَتْ هِيَ: أَنَا أُرْضِعُهُ بِغَيْرِ أَجْرٍ، وَأَبَى الزَّوْجِ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَدْفَعُ إِليهَا، فَإِنْ قَالَ: أَنَا أَجِيءُ بِمَنْ تُرْضِعُهُ بِدِرْهَمَيْنِ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرْضِعُ بِدِرْهَمَيْنِ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ إِليهَا.

وأصل ذَلِكَ أَنَّ نفقة الْوَلَد الصَّغِير عَلَى الأب خاصة، لقولهُ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وأجر الرَضاع من النفقة، فَإِذَا طلبت الْمَرْأَة الأجر لَمْ يَصِحَّ فِي النكاح، وصح بعد البينونة وانقضاء العدة، وَفِي العدة عن طلاقٍ بائنٍ يصح فِي ظاهر الرواية، فإن وجد الزَّوْج من ترضعه بِغَيْرِ أجرٍ فَلَهُ أن لَا يعطيها أجراً، لكن الْمَرْأَة ترضعه عند أمه، وَإِنَ وجد من ترضعه بأجر والأم تفعل مثله، فالأمُّ أحق، فإن وجد أرخص من ذَلِكَ فَلَا حق للأمِّ، لَكِنَّهُ لَا يُقطع عَنْهَا[١]، لقولهُ تَعَالَى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطَّلاق: ٦]، ولقولهُ تَعَالَى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فَلَا يُلحَق الضرر بِهَا بقطعه عَنْهَا، وَلَا يلحق بِهِ ضرر بالتزام مؤنة يمكنه التخلص عَنْهَا والله أعلم بالصواب.

---

(١) أي لَا يقطع الْوَلَد عن أمه.

٢٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ تَزَوَّجَ امرأةً عَلَى هَذينِ العَبْدَينِ، فَإِذَا أَحَدُهُمَا حرٌّ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهَا غير العَبْد البَاقِي. وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: فَلَهَا العَبْد البَاقِي وَقِيمَةُ الحُرِّ عَبْداً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَهَا العَبْد البَـاقِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَر فَيَبْلُـغُ بِهَا ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى بيَتٍ وَخَادِمٍ يُعينُهَا، فَإِذَا الخَادِمُ حُرٌّ، فَلَيْس لَهَا إِلَّا البَيْتُ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ العَبْد الَّذِي بَقِي أَوْ البَيْتُ الَّذِي بَقِي يُسَاوِي عَشَرَة دَرَاهِمَ أَوْ أَكْثَرَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وعين هَذِهِ المسـألة من الخواص، وهذه المسألة فرع عَلَى قولَهُم جَمِيْعَاً، أَمَّا عنـد أَبِي حَنِيفَةَ: فإنَّ أصله أَنَّـهُ مَتَى جمع بين ما يصلح وبين مَا لَا يصلح بطل مَا لَا يصلح، واستقر العقد عَلَى ما يصلح، كمن تزوج امرأتين، إحداهما لَا تحل لَهُ بمهر مسـمى أن المهر كله للتي صحَّ نكاحها عنـده، فَكَذَلِكَ إِذَا جمع فِي الأمهار بين ما يصلـح وبين مَا لَا يصلح انصرف ذَلِكَ إِلَى ما يصلح، وبطل مَا لَا يصلح، وَأَمَّا عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: فَإِنَّهُ إِذَا تزوج امرأةً عَلَى عبدٍ، فَإِذَا هُوَ حُرٌّ، وجبت عَلَيْهِ قيمته أن لو كَانَ عَبْدَاً، وصار ذَلِكَ كاستحقاقه، فَكَذَلِكَ إِذَا وجد أحدهما حراً، وعند محمَّد رحمه الله لـو وُجدا حرين جَمِيْعَاً وجب مهر المثل، فَكَذَلِـكَ إِذَا وجد أحدهما، يجب اعتبار مهر المثل، فإِنْ كَانَ الباقي لَا يُسَـاوِي عَشْـرَة دَرَاهِمَ أكمل لَهَا عشرة عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، كأنَّه لَمْ يتزوجها إِلَّا بذَلِكَ.

٢٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَخْرُجُ مِنْ خُرَاسَانَ مَـعَ امِرَأتِهِ إِلَى الحَجِّ، فَلَمَّا نَزَلَا الْكُوفَة مَاتَ الزَّوْج؛ قَالَ: لَا تَخْرُجُ مِنْ الْكُوفَة

إِلَى خراسان وَلَا إِلَى مَكَّةَ إِلَّا مع ذِي مَحْرَمٍ، فإِنْ كَانَ لَهَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَمْ تخرج مَـا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا، ولَا بَأْسَ بِأَنْ تَخْرُجَ إِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّـدٌ ﷺ: إِذَا كَانَ مَعَهَـا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَلَا بَـأْسَ بأن تخرج فِي عِدَّتِهَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي مَنْزِلِهَا.

وأجمعوا أَنَّها لو مضت مدة يسيرة فَصَارَ حين مَاتَ الزَّوْج بينها وبين مسيرها أقل من سـفر، وبين مرجعها إِلَى منزلها أَيْضاً أقل من سـفر أَنَّها إن شاءت مضت، وَإِنَ شاءت رجعت إِنْ كَانَتْ فِي المصر أَوْ فِي غَيْرِه بمحرم أَوْ غير محرم، لِأَنَّ هَذَا أمرٌ ثبت بناءً لَا ابتداءً بوجه، فَلَمْ يمتنع بسـبب العدة، إِلَّا أَنَّ الرجوع أولى، ليكون الاعتداد فِي منزل الزَّوْج، وإِنْ كَانَ أحد الْوَجْهَيْنِ سـفراً، والآخر دونه، اختارت ما دون السفر لما قلنا أَنَّهُ بناءٌ محضٌ، فأَمَّا السفر فإنشاءٌ مِنْ وَجْهٍ، وإِنْ كَانَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا سـفراً، فإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مصر، وكانت فِي بعض المنازل مضت إن شاءت وَإِنَ شـاءت رجعت بمحرمٍ وغير محرم، لِأَنَّ ما يُخـاف عَلَيْهَا فِي موضعها أعظم مِمَّـا يخاف عَلَيْهَا فِـي الخروج، وَفِي ذَلِكَ توفير حكم العـدة عَلَيْهَا أَيْضاً، فلها أن تمضـي إِلَى مصرٍ، وَإِذا كَانَتْ فِي مصرٍ لَـمْ تخرج بِغَيْرِ محرم، لِأَنَّ ما يخاف عَلَيْهَا فِي السَّفرِ عند فَقَدْ المحرَم أعظم مِمَّا يخاف عَلَيْهَا فِي المصر، فإِنْ كَانَ مَعَهَا محرَم لَمْ تخرج عند أَبِي حَنِيفَةَ فِي العِدَّةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: تخرج.

وجه قولَهُما: إِنَّها فِي غَيْرِ منزلها، فلها أن تخرج بمحرم، كما إِذَا كَانَتْ فِي غَيْرِ المصـر، وَهَذَا لِأَنَّ أصل الخروج مطلقٌ لَهَا بِالْإِجْمَاعِ لما يلحقها من ضرر الغربة، ووحشـة الانفراد، حَتَّى قلنا: لَهَا أن تخرج إِلَى ما دون السفر مِنْ غَيْرِ محرم بِمَنْزِلَةِ معتدةٍ خافت عَلَى نفسها أَوْ متاعها من منزل زوجها، أَوْ خرب المنزل، كَانَ لَهَا أن تنتقل، وَإِنَّمَا حاجتنا إِلَى ما يبيح السفر وقيامُ المحرم يُلحق السفر بِمَا دونه مِنْ غَيْرِ

المحرم مِنْ غَيْرِ محرم، فَإِذَا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجردُ الخروج، وَذَلِكَ مطلـقٌ لمكان الغربة، لِأَنَّ ضرر الخروج فِي مقاصد العدة دون ضرر السـكنى فِي دار الغربـة، ولأَبِي حَنِيفَةَ أنَّ العـدة أمنع للخروج من عدم المحرَم، وعدم المحرَم هاهنا مانع فالعدة أولى.

بيانه: أنَّ العدة تمنع الخروج، قلَّ الخروج أَوْ كثر، وعدم المحرم لَا يمنع إِلَّا أن يمتـد ويكثر وتحريمهما نوع واحد، وَهُوَ أنَّ الْمَرْأَة موضع الْأَمَانَة، وأنَّها بِمَنْزِلَةِ لحمٍ عَلَى وضم لَا مدفع فِيهَا فثبت أنَّهما نظيران.

فأمَّا قولَهُ: (بأنَّ أصل الخروج مباحٌ) فَلَيْسَ بصحيحٍ، لِأَنَّ ما دون السـفر فِي هَـذَا البَابِ إِنَّمَا أبيـح مع قيام العدة عَلَى اعتبـار أَنَّهُ لَيْسَ بخـروج، لِأَنَّهُ بُني عَلَى الخروج الْأَوَّل، وَلَيْسَ لَهُ حكمٌ قائمٌ بِنَفْسِهِ بخلاف الخروج من بيت الزَّوْج ابتداء، لِأَنَّـهُ أمرٌ مبتـدأٌ فيتناوَلَهُ التحريم قصداً، فأمَّـا إِذَا كَانَ إِلَى مقصدها سـفر وَكَذَلِكَ إِلَى مرجعها سـفر فَإِنَّهَا منشـئة للخروج باعتبار السفر فتناوَلَهُ التحريم، وَإِذا تناوَلَهُ التحريـم لَمْ يسـقط بالمحـرَم، لِأَنَّ المحرَم يدفـع حرمة السـفر، وَلَا يدفع حرمة الخروج بسبب العدة.

وَإِنَّمَـا أطلقنـا لَهَا المضي عَلَى ما دون السـفر عَلَى اعتبار أَنَّـهُ لَيْسَ بخروج حقيقة وحكماً، وَهَذَا هُوَ حاصل الكلام ومَزَلّ الأقدام.

٢٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَـنْ يُظَاهِرُ مِنْ أَمَتِهِ؛ قَالَ: لَا يَكُونُ مُظَاهِراً.

لِأَنَّ الله تَعَالَى قَـالَ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣]، ولأنَّ الظهار

منكرٌ من القول بتشبيه الحلال بالحرام، وتحريم الْمُتْعَة إِلَى غاية الكفارة المعارضة للتحريم بحكمها بالمناقضة جزاء الظهار، وحل الأمة بملك الأمة غير مقصود ولكنه تبع، فَلَمْ يكن فِي كونه منكراً وزوراً نظير النكاح فَلَمْ يجب جزاءه بالمقايسة.

٢٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بِالْبَصْرَةِ وَلَهُ امْرَأَةٌ بِالْكُوفَةِ، قَالَ: وَاللهِ لَا أَدْخَلَ الْكُوفَةَ؛ قَالَ: لَا يَكُون مولياً لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْرَبَها مِنْ غَيْرِ حِنْثٍ يَلْزَمُهُ فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُر بِأَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ الْكُوفة بيدِ نائبٍ لَهُ، فَيَقْرَبُهَا قَبْلَ مُضِي أَرْبَعَة أَشْهُرٍ.

فَلَمْ توجد علامة المولي، فَلِذَلِكَ لَمْ يثبت الإيلاء، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٢٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِ الشَّامِ بِالشَّامْ، ثُمَّ يقدم بِهَا إِلَى الْكُوفَة فتلد لَهُ أَوْلَاداً، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا ثَلَاثاً وَأَوْلَادُهَا صِغَارٌ؛ قَالَ: لَهَا أَنْ تَخْرُجَ بِأَوْلَادِهَا إِلَى الشَّامِ، فَإِنْ تَزَوجَهَا فِي غَيْرِ الشَّامِ أَوْ تَزَوجَهَا بِالْكُوفَةِ، وَهِيَ من أَهْلِ الشَّامِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً لَمْ يَكُنْ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ بِهِم إِلَى الشَّام.

وَإِنَّمَا نظر فِي هَذَا إِلَى عقدة النكاح أين يقع؟ والأصل فِي هَذَا أَنَّ الفُرقة مَتَى وَقَعَتْ بين الزوجين، فإن الأم أحق بإمساك الأولاد الصغار، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي هَذَا للأم: (أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجِي)(١)، ولأنَّ ذَلِكَ أحظى للصغير وأنفع لَهُ.

---

(١) رواه الدارقطني برقم/ ٢٢٠/، وعبد الرزاق برقم/ ١٢٥٩٦/.

[مطلب: في الانتقال بالأولاد من مكان إلى مكان]

فإن أرادت الْمَرْأَة الانتقال من ذَلِكَ البلد إِلَى غيره بعد انقضاء العدة لَمْ تمنع، وَإِنَ أرادت الانتقال بأولادها الصغار فَلَا يخلو إمَّا أن تقصد الانتقال من مصرٍ إِلَى مصرٍ، أَوْ من قرية إِلَى قرية من قرى المصر، أَوْ من القرية إِلَى مصرها.

فأمَّا الانتقال من قريةٍ إِلَى مصر تلك القرية فَلَا بَأْسَ بِهِ، وفيه مصلحة الصغار، ومـن قريـةٍ إِلَى قريةٍ جَـازَ إِذَا تقاربت بحيث لَا يلحق الأب مشـقة فِي مطالعتهم، بـأن يمكنه أن يبيت بأهلـه[١]، وَإِنَ أرادت من مصر إِلَى مصر، فإن أرادت الانتقال إِلَـى مصر هُوَ مصرها، وكان العقد هناك، فلها ذَلِـكَ لِأَنَّ هَذَا حقٌّ ينبني عَلَى عقد النـكاح، وعقد النكاح فِي العادة وحكم الشـريعة يوجب الإمسـاك بموضع العقد الَّذِي هُوَ مصرها، أَمَّا العادة فعَلَى ذَلِكَ عادة الْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا الشـرع فلأنَّ التسـليم فِي موضع العقد، والمعقود عَلَيْـهِ وجب، فَصَارَ الـزَّوْج ملتزماً حكم العقد، وَأَمَّـا إِذَا أرادت الانتقال إِلَى مصر لَـمْ يَكُنْ ثَمَّة أصل العقـد، وَلَا هُـوَ مصرها منعت من نقل الأولاد لعدم دليل العادة ودليل الشـريعة، وَإِذا أرادت الانتقـال إِلَى مصر هُوَ مصرها لكن لَـمْ يَكُنْ ثَمَّة أصل النكاح لَمْ يَكُنْ لَهَـا أن تنقلهم أَيْضَاً، لِأَنَّ الزَّوْج لَمْ يلتزم بحكم العقد الإمسـاك فِي هَذَا الموضع، والعادة قَدْ بطلت بالنكاح فِي مصر آخر، فإن أرادت النقل إِلَى مصر وقع فِيهِ أصل النكاح وَلَيْسَ بمصرها، فَقَدْ أجازه هاهنا.

وَفِي كِتَـاب الطَّلَاق قَالَ: لَا بُدَّ من اجتماعهما[٢] للنقل، ووجه تلك الرواية:

---

(١) وَذَلِكَ بأن يذهب إليهم فيراهم ويعود فيبيت فِي بلده وأهله.

(٢) بأن يكون المصر مصرها ووقع فِيهِ أصل النكاح كلاهما.

أنَّ النقل ضرر بالأب لما فِيهِ من عجزه عن مطالعتهم، فَلَا يصح إِلَّا الالتزام مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا يتعين المصر للسكنى بالعقد إِذَا صَارَ مؤكداً بالأهل، فأمَّا فِي دار الغربة فَقَدْ يسكن المرءُ وَقَدْ ينتقل، وأمر الغرباء عَلَى الانتقال، فَلَا يلحقه بالشك ضرر، ووجه هَذِهِ الرواية أنَّ الأولاد ثمرة من ثمرات النكاح، والعقد يوجب التسليم فِي مكانه إِذَا كَانَ المعقود عَلَيْهِ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَلِكَ يوجبه فِي ثمرات العقد.

أَعَادَ مسألة الصبي يموت عن امرأته الحامل وزاد أنَّ النَّسب لَا يثبت من الصبي لِأَنَّ النَّسب يعتمد الماء إِلَّا أنَّ الماء لما كَانَ باطناً أقيم النكاح مقامه، وَإِنَّمَا يقام مقامه عند وجوده، لكن لتعذر الوصول إِلَيْهِ اعتبر سببه، وَلَا وجود لَهُ هاهنا من الصبي.

٢٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي المحصور يطلق امرأته ثَلَاثَاً قَالَ: لَا ترث؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي صَفِّ القِتَالِ، وَطَلَقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثَاً لَمْ تَرِثْ، وَإِنَ بَارَزَ رَجُلَاً فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثَاً، وَرِثَتْ إِذَا مَاتَ من ذَلِكَ الوجهِ، وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَكَذَلِكَ إن قُدّم لِيُقْتَلَ فِي قِصَاصٍ، أَوْ لِيُرجَمَ فِي زِنَاً، فَطَلَّقَهَا فَإِنَّهَا تَرِثُ فِي العِدَّةِ إِذَا مَاتَ فِي ذَلِكَ الوجه أَوْ قُتِلَ.

وأصله إنَّ امرأة الفارّ ترث استحساناً إِذَا مَاتَ الزَّوْج وَهِيَ فِي العِدَّةِ عندنا لما عرف أَنَّا نجعل البينونة الواقعة هاهنا معدومةً حكماً كأنَّها لَمْ تقع صيانةً للحق ودفعاً للظلم، كما جعلت القرابة الموجودة كالمعدومة بالقتل، وَإِنَّمَا تثبت صفة العُدوان فِي الفرقة إِذَا ثبت حق الوارث، وَإِنَّمَا يثبت حق الوارث إِذَا ثبت سبب الموت وَهُوَ المرض الَّذِي يُخاف مِنْهُ الهلاك غالباً صورةً ومعنىً أَوْ ما يعمل عمله

معنـى بلا صورة فيلحق بِهِ، وَإِذا صَارَ المريض صاحب فراش، وَهُوَ الَّذِي لَا يقوم لحوائجـه كما يعتاده الأصحاء ثبت لَـهُ حكم المرض، وإِنْ كَانَ قَدْ يتكلف للقيام، وَأَمَّا الَّذِي يشـبهه معنى فأن يخرج المرء للمبارزة، أَوْ يقدّم ليقتل فِي قتل مسـتحق عَلَيْهِ، أَوْ تنكسـر السـفينة فيبقى عَلَى لـوح، أَوْ يقع فِي فم سـبع، لِأَنَّ غالب حاله الهـلاك، فأمَّا إِذَا كَانَ بِهِ مرض لَمْ يصر بِهِ صاحب فراش، فَلَيْسَ لَهُ حكم المرض، وَلَمْ يتعلق بماله حق، أَلَا تَرَى أَنَّ الغالب فِيهِ السلامة؟

والذي يشبه هَذَا القسم أَنْ يَكُونَ الرَّجُل محصوراً، أَوْ فِي صف القتال واقفاً أَوْ نازلاً فِي أرضٍ مَسـبَعَة[1]، أَوْ راكباً سـفينة أَوْ محبوساً لأجل قَود أَوْ رجمٍ، فإنَّ هَذَا رجلٌ سليم البدن عياناً والغالب من حاله السلامة حكماً، فَصَارَ حكمه حكم الصحيح، ويسـتوي أن يموت من ذَلِكَ الوجه، أَوْ مِنْ وَجْهٍ آخر كما ذكره فِي هَذَا الْكِتَاب.

وَهُوَ مـن الخواص، لِأَنَّهُ لما ثبت لَهُ حكم المرض، صَارَ الموت من سـبب آخر تسـليماً لحكم السـبب الْأَوَّل، وَلَمْ يصلح ذَلِكَ للمناقضـة، وَهَذَا كالمريض الَّـذِي هُوَ صاحب فراش يطلق امرأته ثَلَاثَـاً ثُمَّ يقتل أنها ترث، وَإِنَ لَمْ يثبت حكم الموت بِذَلِكَ المرض، كَذَلِكَ ذكره فِي الأصل، لما قلنا لَيْسَ بينهما فرق.

٢٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ زَوَّجَ عَبْدَهُ امْرَأَةً حُرَّةً، فَقَالَتْ لمَوْلَاهُ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي عَلَى أَلْفِ دِرْهَم فَفَعَلَ؛ فَقَالَ: العَبْد حُرٌ،

---

(١) أرض كثيرة السباع.

وَالوِلَاءُ لَهَا، وَيَفْسُـدُ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَت لَهُ: أَعْتِقهُ عَني، وَلَمْ تُسَمِّ مَالاً، فَأَعْتَقَهُ فَالوَلَاءُ لِلمُعتِق، وَلَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ.

وأصلـه معروفٌ أنَّ الرَّجُل إِذَا قَالَ لآخر: أَعْتِقَ عبدك عني بِأَلْفِ دِرْهَم ففعل أَنَّهُ يجوز عن الآمر استحسـاناً، ويتضمن البيع، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يصح عن الآمر، لِأَنَّ الكـلام خرج باطلاً، لِأَنَّ طلب الإعتاق والأمر بِهِ مِنْ غَيْرِ المالك إِلَى المالك لغو، ولأصحابنا: أنَّ إيجاب الحكم الشـرعي يتضمن تقديم مقتضاه تصحيحاً لَهُ، كرجـلٍ يقـول لِامْرَأتِهِ وَقَدْ دَخَلَ بِهَـا: (اعتدّي) أَنَّهُ إِذَا نَوَى الطَّـلَاقَ صحَّ، لِأَنَّهُ لَا صحـة لاعتدادها إِلَّا بتقديمه، فوجـب تقديمه، وَكَذَلِكَ العاقـدان إِذَا تبايعا بِأَلْفِ دِرْهَـم ثُمَّ تبايعـا ذَلِكَ بتسـعمائة، أنَّ البيع الْأَوَّل ينقض مقتضـى تصحيح الثَّانِي، فَكَذَلِكَ هاهنا.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: هَذَا لَا يصح لِأَنَّ البيع لَا يصح بِغَيْرِ الإيجاب والقبول.

وقلنـا: إِنَّمَـا كَانَ ذَلِـكَ إِذَا كَانَ مقصـوداً، فأمَّـا إِذَا كَانَ مقتضَيـاً وتابعاً فَلَا، كالطَّلَاق وقع بقولَهُ: اعتدى مِنْ غَيْرِ ركنه أصلاً، والفسخ ثبت بإيجاب البيع الثَّانِي، وَهُوَ ضد العقد تبعاً لَهُ، فَإِذَا صحَّ ملكه بِالشِّـرَاءِ فسـد النكاح، وَأَمَّا إِذَا طلبت ذَلِكَ بِغَيْـرِ مالٍ فـإِنَّ ذَلِكَ لَا يصح فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ، فيقع العتق عن الَّذِي أعتقه، وَلَا تملكه الْمَرْأَة، فَلَا يفسـد النكاح، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: يصح وتملكه الْمَرْأَة، ويعتق العَبْد عَنْهَا، وَلَهُا ولاؤه ويفسد النكاح.

وجـه قول أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: إِنَّ التمليك يثبت تبعـاً للإعتاق، فيعتبر صحيحاً بدون شـرطه وَهُوَ القبـض، وإِنْ كَانَ التبرع المقصود لَا يصـح بدون القبض كما صححنا فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى البيع وَإِنَ لَمْ يوجد ركنه، وَهُوَ قبول الآمر لما قلنا أَنَّهُ

تبع، وحظ الركن فَوْق حظ الشـرط، فَلَمَّا صحَّ وضع الركن فوضع الشرط فِي هَذَا أولى.

ولأَبِـي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ: أنَّ هَذَا الآمر مسـتوهب لَمْ يوجد مِنْهُ القبض فَلَا يملكـه، وَلَا يقع عَنْـهُ الإعتاق، كما إِذَا قَـالَ لَهُ صريحاً: هبهُ منـي ففعل، فقَبْلَ أن يسـلّمه إِلَيْهِ أعتقه عَنْهُ بأمره أَنَّهُ يصير معتقاً عن نفسه ويطلب الهبة، فَكَذَلِكَ هاهنا، فأمَّـا قولَهُ بأنَّ القبض سـقط تبعاً فغير صحيح، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يسـقط بالتبعية ما يحتمل السقوط، والركن فِي البيع يحتمل السقوط كما سقط فِي بيع التعاطي لِأَنَّهُ قول.

فأمَّا التسليم فِي الهبة فَلَا يحتمل السقوط بحال، فَلَا يُعمل بِهِ بسبب السقوط، وَهُوَ التبعية.

٢٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يكون عَلَيْهِ طعامٌ مِنْ ظِهَارٍ فَأَمَرَ إِنْسَاناً أن يُطْعِمَ عَنْهُ فَأَطْعَمَ عَنْهُ؛ قَالَ: يُجْزِئُهُ.

وَهَذَا بخلاف الإعتـاق عَنْهُ بِغَيْرِ عوضٍ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ، والفرق أنَّ هاهنـا وجـد القبض لِأَنَّ الطعـام يقع فِي يَدِ الفقير أول ما يقـع لحق النيابة عن الآمر وَهُوَ محل القبض فتتم بِهِ الهبة، ثُمَّ يصير فقيراً مؤدياً إِلَى نفســه بحق الكفارة فصح.

كمـا ذكرنـا إِذَا أمره صريحـاً بالقبض فيصـح كما لو أمره صريحـاً بالقبض فقبضه، ثُمَّ أمره بصرفه إِلَى نفسه كفارة أَنَّهُ يصح.

فأمَّا هاهنا فإنَّ العَبْد لَا يصلح قابضاً لِنَفْسِـهِ، لِأَنَّ المملوك بالهبة يتلف عَلَى

ملك الواهب وفِي يَدِهِ، وَلَا يقع فِي يَدِ المملوك لتُجعل يده ابتداء بحكم الهبة، وَلَا بُدَّ من قيام يَدِ الموهوب لَهُ لَا محالة أَوْ التسليم إِلَيْهِ حقيقة، وَلَمْ يوجد، وَفِي الطعام لَا بُدَّ من وقوعه فِي يَدِ المساكين، فيصلح ذَلِكَ بحكم الْوَكَالَة قبضاً تاماً.

٢٨٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يُظَاهِرُ مِنْ امْرَأتينِ لَهُ، فيُعْتِقُ عَبْداً عَنْهُمَا؛

قَالَ: لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا، وَقَالَ: لَوْ كَانَ عَلَيْهِ رقبةٌ مِنْ قَتلٍ ورقبةٌ مِنْ ظِهَارٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَة عَنْهُمَا لَمْ يُجْزِئُهُ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا.

وَهَـذَا عندنا، والقياس فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أن لَا يجزؤه أصلاً وَهُوَ قول زفر ﵀، وقلنا فِي الاستحسان: يجزؤه إِذَا جعله عن إحداهما، والقياس عَلَى هَذَا الاستحسان فِي الفصل الثَّانِي أن يُجْزِئُهُ أَيْضاً، وَهُوَ قول الشافعي ﵀، وعندنا لَا يُجزؤه استحساناً.

وجه قول زفر ﵀: أَنَّهُ لما أَعْتَقَ عنهما فَقَدْ انقسم عَلَيْهِما، فَصَارَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نصفه، فبطل أصلاً، وَإِنَّمَا قلنا انقسم لأَنَّهما وجبا بسببين مختلفين فصارا غيرين.

ولأصحابنا: أَنَّ الكفارات إِذَا وجبت بالظهار فَهِيَ كلها جنسٌ واحدٌ فَصَارَ الواجب تحصيل العدد شرط العزيمة عما عَلَيْهِ، فصارت نيته عنهما نيةً عما عَلَيْهِ، وَذَلِكَ كمن صام يوماً ينوي عن يومين من قضاء رمضان أَنَّهُ يُجْزِئُهُ عن يوم واحد، وصارت نيته عن يومين بِمَنْزِلَةِ نيته عما عَلَيْهِ، عَلَى هَذَا الوجه تُحمل أمور

الْمُسْـلِمِينَ، وَهُوَ المأخوذ عَلَيْهِ فِي الجنـس المتفق، وَكَذَلِكَ الجواب إِنْ نَوَى عن إحداهما[1].

وَأَمَّا فِي المسـألة الثانية فوجه قول الشـافعي ﵀: أَنَّ الكفـارات فِي ذواتها متفقة وَإِنَ اختلفت أسـبابها فوجب اعتبارها بِمَا اتفق جنس سببه، ولأصحابنا: أَنَّ الكفـارات هاهنا مختلفة الجنس، فَإِذَا اختلفت لَمْ يَصِـحَّ أداؤها إِلَّا بالتعيين، وَلَا تعيين هاهنا فانقسم فبطل.

٢٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يكون عَلَيْهِ إطعـام مِائَةٍ وعِشْرِينَ مِسْـكِيناً مِنْ ظِهَارَينِ فَأَطْعَمَ سِـتِينَ مِسْـكِيناً، لِكُلِّ مِسْـكِينٍ صَاعاً فِي يومٍ وَاحِدٍ؛ قَالَ: لَا يجزؤه عنهما، ويجزؤه عَنْ أَحَدِهِمَا. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ﵀ أَيْضاً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: يجزؤه عَنْهُمَا.

وجـه قولَهُ: أَنَّ المؤدى يصلح وفاءً بِمَـا عَلَيْهِ، والمصروف إِلَيْهِ يصلح محلاً لما صُرف إِلَيْهِ، فوجب القول بالجواز عن الكل، كما إِذَا كَانَ عَلَيْهِ إطعام من ظهار، وإطعام من فطر فِي رمضان، وإنما قلنا هَذَا[2].

أَمَّـا المؤدَّى فلأنَّ المقدار فِي كل وَاحِدٍ نصف صاعٍ لكل مسـكينٍ، والصاع يعدلهما، وَأَمَّا المسـكين فَإِنَّهُ يأخذ أحد الحقين، لَا يخرج عن أهلية الصرف إِلَيْهِ، لِأَنَّـهُ محتـاجٌ مع ذَلِكَ، أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لو أعطاه نصف صاع عـن أحدهما، ثُمَّ أعطاه

---

(١) المقصود أنه نَوَى عن إحداهما مِنْ غَيْرِ تعيين.

(٢) هكذا فِي الأصل.

نصـف صاع عن الآخر أنَّ ذَلِكَ يُجْزِئُهُ، ويصير فِي حق كل وظيفة بِمَنْزِلَةِ شـخص آخر، ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ ما قلنا أنَّ الجنس إِذَا اتحد بطلت نية الجمع حقيقة، وصار عبارة عما عَلَيْهِ.

والمؤدى يصلح كفارة وَاحِدَة، لِأَنَّ الشـرع إِنَّمَا ذكر المقدار لأدنى الغايات، وَهُوَ نصف الصاع، فأمَّا أن لَا يحتمل المزيد فِي كفارة وَاحِدَة فَلَا، ولما كَانَ كَذَلِكَ صَارَ الصاع المؤدى، ونصف الصاع سواء، ونية الكفارتين فِي نصف الصاع جَعَلَ نية لما عَلَيْهِ، لَا قسـمةً وتوزيعاً، فَكَذَلِكَ هَذَا احتمل هَذَا المعنى فوجب أن يُحمل عَلَيْهِ احتياطاً.

❁ ❁ ❁

[بَابٌ فِي الْمُهُورِ]

٢٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَتَزوجُ امْرَأَةً فَيَخْتَلِفَانِ فِي المَهْرِ قَالَ: القَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إِلَى مَهْرِ مِثْلِهَا؛ وَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا زَادَ. وَإِنَ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول بِهَا، فَالقَوْلُ قَوْلَهُ فِي نِصْفِ المَهْرِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: القَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي المهر إِنْ طَلَّقَ أَوْ لَمْ يطلق، إِلَّا أَنْ يأتي مِنْ ذَلِكَ بِشَيْءٍ قليل فَلَا يُصَدَّقُ.

قَالَ الشيخ ﷺ: الاختلاف فِي المهر عَلَى وجوه مِنْهَا: أن يَخْتَلِفَانِ فِي المسمى قبل الطَّلاق، والثاني: بعد الطَّلاق، والثالث: بعد الموت.

وإمَّا أن يختلفا فِي المقدار، أَوْ فِي الأصل، أَمَّا إِذَا اختلفا فِي المقدار قبل الطَّلاق وقبل الموت، فإنَّ مهر المثل يُجعل حكماً عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ، فإن شهد لِأَحَدِهِمَا، فإنَّ القول قولَهُ مع يمينه، فإن ادَّعَى الزَّوْج ألف دِرْهَم، والْمَرْأَة تدعي ألفين، ومهر المثل ألف أَوْ أقل، فإنَّ القول قول الزَّوْج مع يمينه عَلَى ما أنكر من الزيادة.

فَإِنْ حَلَفَ لَمْ يثبت، وَإِنْ نَكَلَ أعطاها ألفين عَلَى سبيل التسمية، لِأَنَّ نكولَهُ[1] بِمَنْزِلَةِ الإقرار فيثبت ما ادعت الْمَرْأَة، وَإِنَ حلف أعطاها ألف دِرْهَم عَلَى سبيل

(١) لأن النكول بذل أَوْ إقرار فيقتضي أنه عَلَى سبيل التسمية. حاشية أ

التسـمية أَيْضاً، وَإِنَ أقامت الْمَرْأَة البينة فَقَدْ ثبت المسـمى ألفين، وَإِنَ أقام الزَّوْج البينة قبلت بينته أَيْضاً لِأَنَّهُ مدعٍ ظاهراً.

وَإِنَ أقاما البينة فإنَّ بينتها أولى لِأَنَّهَا مثبتة، كالبائع والْمُشْـتَرِي إِذَا أقاما البينة عَلَـى مقـدار الثَّمَن أنَّ بينة البَائِع أولى، وَإِذا كَانَ مهر مثلها ألفين أَوْ أكثر فإنَّ القول قولَهُـا مع يمينها عَلَى ما أنكرت من الحط، فإن حلفت لَمْ يثبت الحط، فوجب لَهَا ألفان، ألفٌ مسمى باتفاقهما وألفٌ باعتبار مهر المثل، فيجيز الزَّوْج فِي هَذِهِ الألف الَّتِـي تجب باعتبار مهر المثل إنْ شَـاءَ جعلها دَنَانِير وَإِنْ شَـاءَ جعلها دَرَاهِمَ، وَإِنَ نكلت وجب لَهَا ألف باعتبار التسمية.

وَإِنَ أقـام الزَّوْج البينة قبلت بينته، وَإِنَ أقامت الْمَـرْأَة البينة قبلت أَيْضاً لِأَنَّهَا مدعية ظاهراً ويجب أن يصير الألفان عند قيام بينتها مسمى كله لَا خيار للزوج فِيهِ إن جعلها دَنَانِير، فثبت التعيين بهذه النية.

وَإِنَ أقامـا البينة فبينته أولى وَهُـوَ الصحيح، لِأَنَّهُ يثبت الحط عن مهر المثل، وَهِيَ تثبت صفة التعيين فصارت بينة الزَّوْج أكثر إثباتاً.

وإنْ كَانَ مهر مثلها أَلْفَاً وخمسـمائة، فإن كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يحلف عَلَى دعوى صاحبه، فإنَّا نجعل مهر المثل حكماً، ويحلف الزَّوْج عَلَى دعوى الْمَرْأَة، وتحلف الْمَرْأَة عَلَى دعوى الزَّوْج.

ويجب أن يُقرع بينهما فِي البداية، لِأَنَّهُ لَا رجحان لِأَحَدِهِمَا، فإن نَكَلَ الزَّوْج وجب الألفان عَلَى معنى التسمية من خيار.

وَإِنَ نكلت الْمَرْأَة وجب الألف مسـمىً، وَإِنَ حلفـا جَمِيْعَاً وجب [ألف][1]

(١) الإضافة مني.

باعتبار التسـمية، وخمسـمائة باعتبار مهر المثل، يخير فِيهِ الزَّوْج، وأيهما أقام بينة قبلت بينته، وَإِنَ أقاما قضينا بالألف وخمسمائة، خمسمائة مِنْهَا باعتبار مهر المثل، لِأَنَّ البينتين بطلتا للتعارض، وَإِنَ طَلَّقَهَا بعد الاختلاف، أَوْ اختلفا بعد الطَّلاق، فإِنَّ قياس قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ أن يُحكَّم [مهر][1] مثلها، فإن شـهد لِأَحَدِهِمَا، فإِنَّ القول قولَهُ مع يمينه، وإِنْ كَانَ بين الأمرين حلف كل واحد مِنْهُمَا عَلَى ما قلنا فِـي حال قيام النـكاح وَهُوَ جواب الجامع الكبير، وجواب هَـذَا الْكِتَاب أَنَّ القول قولُ الزَّوْج، وَكَذَلِكَ جواب الأصل.

لِأَنَّ موضوع المسألة فِي الأصل أنَّهما اختلفا فِي الألف والألفين، فَلَمْ يصح تحكيـم الْمُتْعَة، والزوج معترف لَهَا بالزيادة لِأَنَّـهُ معترف بنصف الألف، والمتعة لَا تبلـغ ذَلِكَ فِي غالـب الأحوال، وَفِي الجامـع وضع المسـألة أَنَّ الزَّوْج يدعى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى عشـرة، وَهِيَ تدعي أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى مائة، ومتعة مثلها عِشْـرُونَ، وتحكيـم الْمُتْعَة وجواب هَـذَا الْكِتَاب محمول عَلَى السـؤال المتعارف، وَهُوَ أن يختلفـا فِـي الألوف عَلَى ما قَالَ فِـي الأصل، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: فِي هَذَا كله، القول قول الزَّوْج، وَلَمْ يجعل مهر المثل حكماً.

وجه قولَهُ: إنَّ البضع لَا قيمة لَهُ، وَإِنَّمَا جَعَلَ متقوماً شـرعاً تعظيماً لَهُ مِنْ غَيْرِ أن يعقـل لَهُ تقوّم فِـي الحقيقة فَصَارَ أمراً ضرورياً فَلَا يصـار إِلَيْهِ ما أمكن المصير إِلَـى ما لَهُ حكم الثبوت بالشـرط، وصـار بِمَنْزِلَةِ غير المتقوم، وصـار هَذَا الوجه كالاختلاف بين العاقدين فِي الإجارة فِي مقدار المسمى أن تقوم المنافع فِي حكم العقد لما كَانَ ضرورياً لَمْ يصلح حكماً.

---

(١) الإضافة مني.

فَكَذَلِكَ هَذَا بخلاف مسـألة الصباغ ورب الثوب إِذَا اختلفا أَنَّهُ يحكم ما زَادَ فِيـهِ الصبغ، لِأَنَّهُ متقوم حقيقة وحكماً لَا ضرورياً، فَلَمْ يترك بِمَا فِيهِ شـبهة، ولأَبِي حَنِيفَـةَ ومحمَّـد ﷺ: أَنَّهما اختلفا فِيمَا لَهُ قيمة شـرعاً فوجب الرجـوع إِلَى ما هُوَ الأصل كما قلنا فِي مسألة الصبغ.

وَهَـذَا لِأَنَّ البضع متقومة شـرعاً تعظيماً لخطر الإبضـاع، والواجب لتعظيم الخطر أحق بالعمل بِهِ من المالية، لِأَنَّ ذَلِكَ يقبل الإبطال، وَهَذَا لَا يقبله، وَأَمَّا قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ إِلَّا أن يأتي بِشَيْءٍ قليل، وذكر فِي بعض المواضع إِلَّا أن يأتي بِشَيْءٍ مستنكرٍ، والذي قاله هاهنا أبين.

والمـراد بِهِ مَـا لَا يتفاوت مهراً مثـل أن يَدَّعِي فِي مهر مثـل ثبت ملك مَا لَا يتعارف مهراً لَهَا، وَكَذَلِكَ فِي سـائر النِّسَـاء، وَذَلِكَ لأَنَّا نجعل القول قولَهُ بشهادة الظاهر لَهُ، وَقَدْ ادَّعَى شَـيْئاً خلاف الظاهـر هاهنا فَلَمْ يصدق، وَذَلِكَ نظير ما روي عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ فِي اختلاف المتبايعين فِي الثَّمَن.

وَقَـدْ ازداد المبيع زيادة متصلة أَنَّهما لَا يتحالفان، والْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْـتَرِي إِذَا ادَّعَى أمراً متعارفاً، فأَمَّا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْـتَرَى هَذِهِ الدار بألف، وَهِيَ تُشـترى بمائة ألفٍ مثلاً لَمْ يقبل قولَهُ، وقيل: لَا يقبل قولَهُ إِلَّا أن يأتي بِشَـيْءٍ متقاربٍ فِي ثمنها ثُمَّ يحلف عَلَيْهِ، فَكَذَلِكَ هَذَا فإن اختلفا فِي أصل التسمية فأنكرها أحدهما فإنَّ القولَ قولَهُ، لِأَنَّ مهر المثل أصلٌ عندهما، وعند أَبِي يُوسُـفَ ﷺ: لَا سـبيل إِلَى القضاء بالمسـمى مع وقوع الشك فِي وجوده وَفِي الْأَوَّل الأقل متفقاً، وَإِذَا لَمْ يثبت المسـمى وجـب مهر المثل بِالْإِجْمَـاعِ، وَإِنَّ اختلفا بعد موت أحدهما اختلـف وارث الميـت مع الحي، فإنَّ الجواب فِيهِ مثلـه فِي حال الحياة عَلَى ما

حكينا فِي غَيْرِ حال الطَّلاق لِأَنَّ مهر المثل لَا يسقط اعتباره بموت أحدهما.

أَلَا تَرَى أَنَّ للمفوضة المهر إِذَا مَاتَ أحدهما لَا يسقط اعتبار مهر المثل؟

فأمَّا إِذَا اختلفت الورثة بعد موتهما فإن اختلفوا فِي مقدار المسمى، فَإِنَّهُ عند أَبِـي حَنِيفَةَ القول قول ورثة الـزَّوْج، وَلَا يُحكم مهر المثل لِأَنَّ مهر المثل يسـقط اعتباره عند موتهما.

كما قَالَ فِي مسـألة المفوَضة، لأنَّهما إِذَا مَاتَا لَمْ يقض بِشَـيْءٍ من مهر المثل فتصير هَذِهِ المسـألة كمسـألة اختلاف عاقدي الإجـارة، وَلَيْسَ فِي قولَهُ اسـتثناء القليل.

وَعَلَى قول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ القول قول ورثة الزَّوْج إِلَّا أن يأتوا بِشَيْءٍ قليل.

وعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ القول قول ورثة الْمَرْأَة إِلَى مهر مثلها.

والقـول قـول ورثة الزَّوْج فِي الفضل عَلَى ما شـرحنا فِي حـال الحياة، وَإِنَ اختلفوا فِي أصل التسـمية فإنَّ القول قول من أنكر المسـمى، إِلَّا أَنَّهُ عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُحكَم مهر المثل، وَلَا يقضى بِشَيْءٍ، وعندهما يَقْضِي بمهر المثل كما فِي حال الحياة.

قَالَ مشـايخنا: هَذَا كله إِذَا لَمْ تُسلِّم الْمَرْأَة نفسها بعد، فأمَّا إِذَا أسلمته نفسها ثُمَّ وقـع الاختلاف فِي حال الحياة، أَوْ بعد موت أحدهما فإنَّا لَا نجعل مهر المثل حكماً، لأنَّا نعلم أنَّ الْمَرْأَة لَا تسـلم نفسـها مِنْ غَيْرِ أن يستعجل شَيْئاً، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يحـل شـرعاً، وَلَا يوجد عرفاً فيقـال لَهَا: لَا بُدَّ من أن تقري بِمَا اسـتعجلت، وإلا فقضينا عليك المتعارف، ثُمَّ يُعمل فِي الباقي كما ذكرنا، وَهَذَا حسن جداً.

٢٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الزَّوْجِ يَبْعَثُ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئاً فَتَقُولُ هُوَ هَدِيَّةٌ، وَيَقُولُ الزَّوجُ هُوَ مِنْ المَهْرِ؛ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ إِلَّا الطَّعَامَ الَّذِي يُؤْكَلُ.

لِأَنَّ الملك فِي ذَلِكَ يستفاد لَهَا من جهة الزَّوْج فالقول قولَهُ إِلَّا أن يتناقض كلامه، وَهُوَ الطعام الَّذِي يؤكل فَإِنَّهُ يتعارف هدية، وَلَا يكون مهراً فيصير بِهِ مكذباً، كالذي يكذبه العيان.

فأمَّا سائر الأموال فَقَدْ يكون مهراً وهدية فإليه البيان.

٢٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تزوج امرأةً عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً؛ قَالَ: إِنْ كَانَ حُرّاً فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وإِنْ كَانَ عَبْداً فَلَهَا خِدْمتُهُ سَنَةً. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَهَا قِيمَةُ خِدْمتِهِ سَنَةً إِنْ كَانَ حُرّاً.

قَالَ الفقيه أبو جعفر: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ مثلَ قول محمَّد ﷺ.

وَقَالَ بعض مشايخنا: إِنَّ قولَهُ مثل قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

أجمع أصحابنا أَنَّ عين خدمة الحر الَّذِي هُوَ الزَّوْج لَا يستحق بالنكاح للمرأة الحرة، وَقَالَ الشافعي ﷺ: لَهَا خدمة سنة، وَاحْتَجَّ بأَنَّ الخدمة مالٌ عند العقد بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى لو تَزَوَّجَهَا عَلَى خدمة عبدٍ أَوْ عَلَى خدمة حرٍ آخر برضاه صَارَ مهراً،

وَكَذَلِكَ لو تَزَوَّجَهَا عَلَى رعي الزَّوْج غَنَمَها هَذِهِ سنةً، أَوْ عَلَى زراعة أرضها هَذِهِ صحَّ بِالْإِجْمَاعِ، فَكَذَلِكَ الخدمة، ولأصحابنا: أنَّ هَذَا المسمَّى لَا يصلح مستحقاً لَهَا بالنكاح فَلَمْ يسلم لَهَا عينه كما إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى خمرٍ أَوْ خنزيرٍ أَوْ مال غيره.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّهُ حرامٌ عَلَى الزَّوْج فِي الشرع خدمة الْمَرْأَة لِأَنَّهُ مالكٌ، وَهِيَ مملوكته، وَهُوَ قوَّام عَلَيْهَا، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النِّسَاء: ٣٤]، أي بفضله عَلَيْهَا، وبملكه إياها، وكل ذَلِكَ يحرم[1] عَلَيْهِ خدمتها، فأمَّا حُرٌّ[2] آخر فَقَدْ قيل لَا يصلح مهراً أَيْضاً.

والصحيح أَنَّهُ جائزٌ، لِأَنَّهُ لَيْسَتْ فِيهِ هَذِهِ المناقضة، فيجب لَهَا خدمته ويرجع عَلَى الزَّوْج بقيمة خدمته إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى الرعي أَوْ الزراعة، وَقَدْ قيل لَا يَسلَم لَهَا أَيْضاً، والصواب أن يَسلَم لَهَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ كِتَاب الله تَعَالَى أوجب ذَلِكَ فِي قصتي موسى عليه السلام، وَلِأَنَّهُ لَا مناقضة فِيهِ، ولَا بَأْسَ بأن يقوم الرَّجُل بأمور امرأته إِلَّا خدمتها فَإِنَّهُ حرام عَلَيْهِ.

وجه قول محمَّد رحمه الله: أنَّ المسمى مالٌ صالحٌ لأَنْ يَكُونَ مهراً إِلَّا أنَّه امتنع تسليمه لمعنى فِي غَيْره، وَهُوَ لما فِيهِ من الذل والهوان فأشبه استحقاق المسمى.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أنَّ هَذَا المسمى لَا يصح استحقاقه لَهَا بحالٍ فوجب أن يبطل تسميته، ويجب المصير إِلَى مهر المثل كالخمر إِذَا سُميت فِي النكاح، وَهَذَا لِأَنَّ المنافع لَيْسَ لَهَا حكم التقويم حقيقة، لعدم الإضرار عَلَى ما عرف، وَإِنَّمَا

---

(١) فِي الأصل محرم

(٢) أي خدمة حر آخر بأجرته من الزَّوْج أَوْ هبته.

يثبت لَهَا التقوم فِي العقود ضرورة حكم [ـه][1] كالشيء الَّذِي لَا قيمة لَهُ أصلاً، كما جَعَلَ كَذَلِكَ فِي حق ضمان العدوان.

وصار هَذَا سبباً لَا عمل لَهُ فِي حق الأصل بحالٍ، فَلَا يصح شرع الخلف عَنْهُ كما قلنا نحن فِي الكفارة يمين الغموس، وَمَا أشبه ذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الزَّوْج عَبْدَاً فتزوجها عَلَى خدمته بِغَيْرِ إذن الْمَوْلَى، فلها خدمته، لِأَنَّ خدمة العَبْد لِامْرَأَتِهِ جائزٌ، لَيسَ ذَلِكَ بحرام، لِأَنَّ منزلة العَبْد منزلة الأموال، وَلَيْسَ لَهُ شرف الحرية، وَإِنَّمَا يحرم هَذَا فِي شرف الأحرار.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يباع فِي الأسواق؟ ويعرض عرض الدواب والبهائم للبيع، وأنه مسلوب عامة كرامات البشر الثابتة للأحرار، وَكَذَلِكَ فِي هَذَا.

٢٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يُزَوجُ ابْنَتَهُ وَهِيَ صغيرةٌ ثُمَّ يخلعها مِنْهُ عَلَى ألفٍ، عَلَى أَنَّهُ ضامنٌ للألف؛ قَالَ: الخُلْعُ وَاقِعٌ، وَالأَلْفُ عَلَى الأَبِ.

والأصل فِيهِ أنَّ بدل الخلع بِمَنْزِلَةِ الهبة والتبرع بخلاف المهر، حَتَّى قلنا فِي المريض إِذَا تزوج امرأة عَلَى مقدار مهر مثلها أن ذَلِكَ يساوي ديون الصحة كثمن المبيع، وأنَّ المريضة إِذَا اختلعت كَانَ بدل الخلع فِي ثلث مالها كسائر الوصايا، والأب يزوج ابنه الصَّغِير فيلزمه المهر، ويخلع بنته الصغيرة عَلَى مال، فَلَا يلزمها.

والفرق أنَّ البضع جَعَلَ متقوماً شرعاً تعظيماً لخطره حَتَّى لَا يَمْلِك بِغَيْرِ

(١) الإضافة مني.

مـال، فأمَّا مِلك النكاح فَلَا خطر لَهُ، وَكَذَلِكَ البضع عند سـقوط المِلك عَنْهُ خطر لَـهُ، لِأَنَّهُ زمان سـقوط الابتـذال، وَإِذا كَانَ كَذَلِـكَ صَارَ بدل الخلـع بِمَنْزِلَةِ الْمَال المُقَابـل بالذي لَا قيمة [لَـهُ][1]، وصار المهر مقابلاً بالَّذِي لَـهُ القيمة فِي التقدير، ولأنَّ النـكاح من الحوائج بخلاف الخلع، فَإِذَا خلع بنته عَلَى مالٍ عَلَيْهَا لَمْ يَصِحَّ، وَلَـمْ يبطل صداقها، وتوقف ذَلِكَ عَلَى قبوَلَهُا إِنْ كَانَتْ من أَهْل القبول، فإن قبلت صحَّ بِغَيْرِ مال.

لِأَنَّ قبوَلَهُا شـرط فِـي حق الزَّوْج، وَهِيَ من أهله، فإن قبـل الأب عَلَيْهَا هَذَا القبول الَّذِي هُوَ فِي معنى الشرط صحَّ فِي رواية، وَفِي رواية لَا يصح.

وجـه الرواية الْأُولَـى: أنَّ هَذَا نفع محض، وَلِذَلِكَ صـحَّ مِنْهَا وَهِيَ صغيرة، لِأَنَّهَا تتخلص عن عهدته بِغَيْرِ مال، فصح من الأب كقبول الهبة.

ووجـه الرواية الأُخْـرَى: أنَّ هَذَا القبول بمعنى شـرط الثَّمَن، وَهَـذَا مِمَّا لَا يحتمـل النيابة، وَهَذَا أصح، فـإن خالعها الأب بالألف عَلَى أَنَّهُ ضامنٌ صحَّ ولزمه الألف، لِأَنَّ فضولياً لو صنعه صحَّ لما عرف فِي الجامع الكبير وَفِي الأصل.

فَـإِذَا فعلـه الأب صحَّ وعَلَيْـهِ الْمَال، وَلَمْ يتوقـف عَلَى قبوَلَهُـا، ومهرها لَا يبطـل؛ الكُلُ إن دَخَلَ بِهَا، والنصف إن لَمْ يدخل بِهَا، وَإِنَ خالعها عَلَى مهرها فإن لَـمْ يَضْمَنْ الأب توقف عَلَـى قبوَلَهُا، فَإِذَا قبلت وقع وَلَمْ يبطل من مهرها شـيء؛ الـكُل إن دَخَلَ بِهَا، والنصف إن لَمْ يدخل بِهَا، وَإِنَ لَمْ تقبل وقبل الأب عَنْهَا فعلى روايتين، أَمَّا إِذَا ضمنه الأب، فإِنْ كَانَ المهر ألف دِرْهَم لزمه الألف فِي القياس إِنْ كَانَ قبل الدُّخُول، وَفِي الاستحسان لزمه خمسمائة وَلَهُا عَلَى الزَّوْج خمسمائة.

---

(١) الإضافة مني.

وأصلـه أنَّ الْمَرْأَة الكبيرة إِذَا تزوجت بألف اختلعت بألف قبل الدُّخُول، فإنَّ فِي القياس عَلَيْهَا خمسمائة زائدة، وَفِي الاستحسان لَا شيء عَلَيْهَا، لِأَنَّ العادة بين النَّـاس أنَّهم يريدون بِهِ ما يلزمه لَهَـا، وإِنْ كَانَ بعد الدُّخُول فعَلَيْهِ الألف، وإِنْ كَانَ المهر شَـيْئاً غير عين فَكَذَلِكَ، وإِنْ كَانَ شَـيْئاً عيناً فلها نصفه أَوْ كله، وَعَلَى الأب قيمة كله إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا، وقيمة نصفه استحساناً إن لَمْ يدخل بِهَا إِذَا ضَمِنَ الأب.

٢٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ يُـزَوجُ بِنْتَهُ وَهِيَ صغيرةٌ جَازَ، وَإِنَ خالعها لَمْ يجز عَلَيْهَا.

وَهَـذَا أوضـح، لِأَنَّ النكاح مـن المصالح الظاهـرة هاهنا وَإِنَّمَا الشـبهة فِي جانـب الصَّغِير، وَقَدْ فرقنا بينهما، وقولَهُ: (لَمْ يجـز عَلَيْهَا) يحتمل أنَّ الطَّلَاق يقع بقولَهُ، والمهر لَا يبطل وَلَا يلزمها شيء، ويحتمل أَنَّهُ باطلٌ أصلاً، وَقَدْ اختلف فِيهِ مشايخنا، وَقَدْ ذكرنا أنَّ فِي ذَلِكَ روايتين عن أصحابنا.

٢٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي امرأةٍ تدعي عَلَى رجلٍ أَنَّـهُ تَزَوَّجَهَا، وأقامت البينة، وَلَمْ يَكُنْ تَزَوجَهَا فَجَعَلَهَا القَاضِي امرأته؛ قَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ. ويسـعه فِيمَـا بَيْنَهُ وَبَـيْنَ اللهِ تَعَالَى أن يطأها، وَهَـذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ الْأَوَّل، وَفِي قَوْلَهُ الآخر وَهُوَ قول محمَّد ﷺ: لَا يسعه، وَلَا يَكُونُ نِكَاحاً فِي البَاطِنِ.

واحتجـا بـأنَّ البينة قامت عَلَى الإمضاء فالحكم يجـب أَنْ يَكُونَ عَلَى وفاق

الحجة، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ علياً ﷺ جَعَلَ ذَلِكَ نكاحاً[1]، ولأنَّ القَاضِي إِذَا قَضَى بعد تَوَجَّهَ الأمر وجب القول بنفاذه ووقوعه عَلَى سبيل الصيانة ما أمكن.

وَإِنَ زَادَ عَلَى قدر الحجة كما قلنا فِي الْقَضَاءِ بِشَيْءٍ من المجتهدات أَنَّهُ يصير بِمَنْزِلَةِ الْإِجْمَاع صيانة لحكمه، وَقَدْ ازداد عَلَى قدر الحجة، أَلَا تَرَى أَنَّ البينة قامت عَلَى أَنَّهَا امرأته؟ فَكَذَلِكَ يَدَّعِي المدعي، فَإِذَا تَوَجَّهَ عَلَيْهِ ذَلِكَ ازداد مقتضاه وَهُوَ الإنشاء، كما زيد البيع فِي قول الرَّجُل أَعْتَقَ عبدك عني بألف تحقيقاً للعتق عَنْهُ، فَكَذَلِكَ هاهنا[2].

٢٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تزوج أمةً، فَدَخَلَ بِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا، ثُمَّ اشتراها، ثُمَّ جاءت بولدٍ؛ قَالَ: إن جاءت بِهِ لِأَقَلَّ من ستة أشهرٍ مِنْ يَوْمِ اشْتَرَاهَا لَزِمَهُ، وَإِنَ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْهُ.

وهذه ثَلَاثَة أوجه: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الطَّلَاق رجعياً أَوْ بائناً أَوْ ثِنْتَيْنِ.

فإِنْ كَانَ رجعياً: فإنَّ الجواب ما ذكره فِي الْكِتَاب، لِأَنَّ الْمَوْلَى يستحلها

(١) وَهُوَ ما ورد عن علي ﷺ أنَّ رَجُلاً خطب امرأة فأبت فادعى أنّه زوجها وأقام شاهدين فقالت الْمَرْأَة: إنّهما شهدا بالزور فزوجني أنت مِنْهُ فَقَدْ رضيت فَقَالَ شاهداك زوجاك وأمضى النكاح. فتح الباري ج١٤ ص١٥٢

(٢) فِي الأصل هَذِهِ الزيادة: [وتبين أنّه وافق الحجة لأنّه إنّما زَادَ مقتضى حكم الحجة، ولأنَّ الزيادة صحيح صيانة للحكم كما فِي المجتهدات أنَّ القَاضِي إِذَا قَضَى بِشَيْءٍ مجتهد أنّه يصير بِمَنْزِلَةِ الْإِجْمَاع صيانة لحكمه، وإن زَادَ عَلَى قدر الحجة]، وَقَالَ النَّاسخ بعدها: مكرر كل هَذَا.

لِمِلْكِ الْيَمِين فَلَا تطهر عدتها فِي حقه فكأنَّها غير معتدةٍ، وَلَوْ كَانَتْ كَذَلِكَ كَانَ الجواب ما قلنا، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وإنْ كَانَ الطَّلاق بائناً: فَكَذَلِكَ، لِأَنَّهُ يستحلها أَيْضاً، وَأَمَّا إِذَا طَلَّقَهَا ثِنْتَيْنِ: فَإِنَّهُ لَا يستحلها هاهنا إِلَّا بإصابة الزَّوْج الثَّانِي، فظهرت العدة فامتد نسب ولدها إِلَى سَنَتَيْنِ.

٢٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أذن لعبده فِي التِّجَارَةِ، فَأَدَانَ دَيْناً ثُمَّ زَوجَهُ مَوْلَاهُ؛ قَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ، والْمَرْأَة أُسوةُ الغُرَمَاءِ بِمَهْرِهَا.

أَمَّا جواز النكاح فلأنَّه يبتنى عَلَى ملك الرقبة وَهُوَ باقٍ، وَإِنَّمَا يزوجه ليحصنه، وهذه الحاجة باقيةٌ، وَأَمَّا المهر فإنَّما لزمه حكماً لما لَا مرد لَهُ وَهُوَ صحة النكاح، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ دين الاستهلاك، وَهُوَ كالمريض الحر يتزوج امرأة بقدر مهر مثلها أَنَّهُ صحيحٌ، والمهر يساوي ديون الصحة لما قلنا.

ومعنى ما قَالَ فِي الْكِتَاب: إِذَا كَانَ النكاح لمهر المثل أَوْ أقل.

[بَابٌ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوجُ الْمَرْأَة بِغَيرِ وَكَالَةٍ، وَالرَّجُلُ يُوكِّلُ بِالتَّزْوِيجِ]

٢٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِلشُّـهُودِ اشْـهَدُوا أني تَزوجْـتُ فلانةً وَهِيَ غائبةٌ، فَبَلَغَهَا، فَتَقُولُ قَـدْ أجزتُ؛ قَالَ: هَذَا باطلٌ. وَإِنْ قَالَ: اشْهَدُوا أني تزوجت فُلَانةً، فَيَقُولُ رَجُلٌ مِنْ القَومِ اشْهَدُوا إِني قَدْ زَوجتُهَا إِيَّاهُ فَبَلَغَهَا ذَلِكَ فتقول قَدْ أجزتُ؛ قَالَ: هُوَ جَائِزٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَت الْمَرْأَة: اشْـهَدُوا أني قَدْ تزوجت فُلَانَاً، فَقَالَ رَجُـلٌ مِنْ القَوْمِ: زوجتكه فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ فَهُوَ جَائِزٌ.

وذكر بعد هَذَا قول أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله أنَّ الغائبة إِذَا أجازت، أَوْ أجازه الغائب، أنَّ ذَلِكَ نكاح جائز.

قَـالَ: لِأَنَّ هَذَا[1] عقد لو صدر عن إذن نفـذ، فَإِذَا صدر عن غير إذن توقف، كمـا إِذَا خاطب عن الفضولـي مخاطب، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله أنَّ هَذَا شـطر العقـد، فَلَا يتوقـف إِلَى ما وراء المجلس كمـا فِي البيع، وَهَذَا لِأَنَّهُ شـطرٌ لو كَانَ الآخـر حاضراً لَمْ ينعقد بِنَفْسِـهِ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غائبـاً، وَلَيْسَ كما إِذَا كَانَ بأمر أَوْ بولايـة بِأَنْ كَانَ الواحد مأموراً من الجانبين، أَوْ كَانَ ولياً من الجانبين، أَوْ كَانَ ولياً

---

(١) فِي الأصل هَذِهِ.

لَهَا وَهِيَ صغيرة بنت عمه فزوجها من نفسه، لِأَنَّ كلامه بحق الولاية، والأمر صَارَ بِمَنْزِلَـةِ كلامين، فَصَارَ كشـخصين لمَّا كَانَ لَا عهدة فِي بـاب النكاح عَلَى العاقد، وَإِذا عُدم ذَلِكَ اعتبرت حقيقته، وَلَا يلزم عَلَى ذَلِكَ إيجاب الخلع أَنَّهُ يتوقف عَلَى قبوَلَهُا فِي غَيْرِ المجلس، لِأَنَّ كلام الزَّوْج عينٌ، وَهُوَ عقدٌ تامٌ.

وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي رَجُلٍ تزوج بنت عمه وَهِيَ كبيرةٌ من نفسه بِغَيْرِ إذنها، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ فضولياً من جانب وكيلاً من جانب أَوْ ولياً.

وذَكَرَ مسـألة الاختلاف بين الزوجين فِي متاع البيت، وَقَدْ سبق بيانها، وَقَالَ بعض الفقهاء: المشـكل بينهما نصفان، وَقَـالَ بعضهم: الكل بينهما نصفان، وَقَالَ بعضهم: الكل لَهُ، وَقَدْ ذكر قول أصحابنا الثلاثة جَمِيْعَاً هاهنا مفسـراً عَلَى ما سبق ذكره.

[بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ وَالشَّهَادَةِ فِي الوِلَادَةِ]

٢٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بولدٍ فَقَالَ: تَزَوجْتُكِ مُنْذُ أَرْبعةِ أَشْهُرٍ، وَقَالَتْ هِيَ: تَزَوَّجْتَنِي مُنْذُ سِتَةِ أشهرٍ، قَالَ: القَولُ قَولُهَا، وَهُوَ ابْنُهُ.

لِأَنَّ نسب الْوَلَد ثابتٌ، وَلَيْسَ الغرض من هَذِهِ الدَّعْوَى إِلَّا إبطال نسبه، فَلَا يصدق عَلَى إبطال النسب الثابت، وَلَا يبطل النكاح لِأَنَّ من زعم أنَّ الْمَرْأَة كَانَتْ حاملاً من زنا يَوْمَئِذٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ للولد نسبٌ ثابتٌ من غيره عَلَى ما قَالَ إِلَّا أن تكون معتدة من غيره، يكون[1] النكاح باطلاً فِي زعمه، فإن دام عَلَيْهِ يجب التفريق بينهما، ويحتمل أن لَا يفرق بينهما، وَهُوَ الأصح، لِأَنَّ الشرع لمَّا ألزمه النسب صَارَ مُكَذَّباً[2]، وصار كمن قَالَ لِامْرَأتِهِ وَهِيَ معروفة النسب: هَذِهِ بنتي، ودام عَلَيْهِ أنَّ النكاح لَا يبطل كَذَلِكَ هاهنا.

٣٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِغُلَامٍ: هَذَا ابْنِي ثُمَّ مَاتَ الرَّجُل ثُمَّ جَاءَتْ أُمُّ الغُلَامِ وَهِيَ حُرَّةٌ، فَقَالَتْ: أَنَا امْرأتُهُ، وَهَذَا الغُلَام ابْنُهُ؛ قَالَ: هِيَ امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ يَرِثَانِهِ جَمِيْعَاً.

(١) خبر أنَّ فِي قولَهُ أنَّ من زعم، وَفِي الأصل فيكون، والتصحيح مني.

(٢) فِي الأصل مكذوباً.

قَالَ: يريد بِهِ إِذَا كَانَتْ معروفة بأمومية الغلام، فيصير إقراره بنسب الغلام إقراراً بالنكاح، لِأَنَّ النسب ما شرع إِلَّا بالفراش وأصله النكاح، فيصير الإقرار بِهِ إقراراً بالفراش، فَإِذَا صدقته وَقَدْ ثبت النسب لَـهُ ثبت النكاح أَيْضَاً فيرثانه جَمِيْعَاً.

٣٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجُ امْرَأَةً فَمَاتَا جَمِيْعَـاً، فَجَـاءَ وَرَثَةُ الْمَـرْأَةِ يَطْلُبُونَ المَهْرَ، وَقَدْ سَـمَّى لَهَا مَهْرَاً فَشَـهِدَتْ بِهِ الشُّـهُودُ؛ قَالَ: لِورثَتِهَا المَهْرَ، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ سَـمَّى لَهَا المَهْرَ فَلَا شَيْءَ لَهَا، وَإِنَ لَمْ يسـم لَهَا المَهْرَ وَقَدْ مَاتَ أَحَدُهُمَا هِيَ أَوْ هُوَ؛ قَالَ: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وَأَخَذَتْ مِنْ مِيرَاثِهِ إِنْ مَاتَ هُوَ، وَإِنَ مَاتَت هِيَ وَهُوَ حَيٌّ، أَخَذَتْ وَرَثَتُهُ المَهْرَ مِنْهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّـدٌ ﷺ: لِلمَرأَةِ المَهْرُ، وَإِنَ مَاتَا جَمِيْعَاً، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: القَـول قول وَرَثَةِ الزَّوْج فِي المَهْرِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: القول قول ورثة الْمَرْأَة إِلَى مهر مثلها، وَالقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْج فِي الفَضْلِ.

فتضمن هَذَا الفصل وجهين: أحدهما إِذَا مَاتَا، والتسـمية فِي النكاح، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا يقضى شيءٌ لَهَا خلافاً لَهُمَا.

وجـه قولَهُمـا ظاهـر، لِأَنَّ مهـر مثلها لمَّا وجـب بالنكاح بقي بعـد موتهما كالمسـمى، وكما بعد مـوت أحدهما، وَقَالَ بعض مشـايخنا فِي تفسـير قول أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ: إنَّ المسـألة مصورة فِـي التقادم عنده لَا يحل عن اسـتيفاء المهر فَلَمْ يقض بِشَـيْءٍ، وموت أحدهما لَا يدل عَلَى التقادم، وَقَالَ بعضهم: بَلْ وجه قولَهُ إنَّ

مهر المثل من حيث هُوَ قيمة البضع بِمَنْزِلَةِ المسـمى، ومن حيث يجب بِغَيْرِ شرط يشبه النفقة والصلة، فللشبه الْأَوَّل لَمْ يسقط بموت أحدهما.

وللشبه الثَّانِي سقط بموتهما، لِأَنَّ المسقط تأكد هاهنا فاعتبرنا فِيهِ هَذَا الشبه.

والثانـي: أن يقع الاختلاف فِي المقدار فيكون قول أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ القول قول ورثة الزَّوْج، وقولَهُما عَلَى ما ذكرنا لما بينا من قبل فَصَارَ قول أَبِي حَنِيفَةَ مثل قول أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هاهنا، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يسـتثن القليل، ويجوز أن تكون عنده مسـتثنى أَيْضاً.

وذكـرُ الاختلاف فِي موتهما مِنْ غَيْرِ تسـمية، والاختلاف فِي المسـمى من الخواص[1].

٣٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ خَلَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى عَبْـدٍ لَهَا آبقٍ عَلَى أَنَّهَـا بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ؛ قَالَ: لَا تَكُـونُ بَرِيئَةٌ مِنْ ضَمَانِهِ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ أَوْ بِقِيمَتِهِ.

لِأَنَّ الخلع عقد معاوضةٍ فتصير السـلامة مسـتحقة بِهِ، والتسليم واجباً، فَإِذَا فـات كَانَ عَلَيْهَـا قيمته وَعَلَيْهَا تسـليمه عينـه إن قدرت كما قيل فِـي النكاح عَلَى عبد مسـتحق، ويكون شـرط البـراءة فَاسِـدَاً، إِلَّا أَنَّـهُ لَا يُبطل الخلع، وَهَـذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

---

(١) فِي الأصل وهذه من الخواص.

٣٠٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي امرأةٍ قَالَ لَهَا أَبُوهَا: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُزَوِّجَكِ فُلَانَاً فَسَكَتَتْ فَزَوَّجَهَا، ثُمَّ قَالَتْ بَعْدَ النِّكَاحِ: لَمْ أَرْضَ؛ قَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ عَلَيْهَا.

وَهَذَا فصل قَدْ جاءت بِهِ السنة أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا خُطب إِلَيْهِ بنت من بناته أخبرها فَإِذَا سكتت زوجها، وَقَالَ النَّبي ﷺ: (تُسْتَأْمَرُ الْبِكْرُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ؛ فَقَدْ رَضِيَتْ)(١)، ولأَنَّ الحياء يمنعها من البيان فيتحمل الولي عَنْهَا البيان نظراً لَهَا، كما يتحمل أصله عن الصَّغِير نظراً لَهَا.

وَإِنَ زوجها أبوها بِغَيْرِ استئمار فَقَدْ أخطأ السنة لَكِنَّهُ يتوقف عَلَى رضاها لِأَنَّ العقود تتوقف عندنا.

فَإِذَا بلغها فسكتت فَقَدْ رضيت، لَا فرق بين الأمرين فِي علة الحياء، ووجوب التحمل والنظر وطريق البلوغ إليها أن يبعث الولي رسولاً إليها عدلاً أَوْ غير عدلٍ، فإن أخبرها فضولي فَلَا بُدَّ من عدالته عند أَبِي حَنِيفَةَ خلافاً لَهُمَا، وَهَذَا إِذَا سمَّى زوجَها تسمية عندها تقع بِهَا المعرفة.

فأَمَّا إِذَا اتهمه(٢) لَمْ يَكُنْ سكوتها رضاً لِأَنَّ الجهالة تمنع الرضا، وَهَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْج كفوءاً، والمهر وافراً، فَإِذَا عدم أحدهما فَكَذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا فِي الأب

---

(١) رواه النسائي بلفظ (الثَّيبُ أحقُّ بنفسها والبكرُ يستأمرها أبوها وإذنها صماتها) برقم /٣٢٦٤/، وأحمد برقم/ ٧٣٩٨/ بلفظ قريب.

(٢) أي الفضولي.

والجد، وعندهما: لَا يَجُوزُ إِلَّا بالبيان لِأَنَّهُ وليٌ فِي ذَلِكَ عنده، أَجْنَبِيّ عَنْهُ عندهما، وَأَمَّا فِي سائر الأولياء فَلَا يصح إِلَّا بالبيان بِالْإِجْمَاعِ.

٣٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَطِئَ جَارِيَتَهُ ثُمَّ زَوَّجَهَا؛ قَالَ: لِلزَّوجِ أَنْ يَطَأَهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا.

قَالَ بعض مشايخنا: الَّذِي قَالَ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ تفسير لقول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وقيل: بَلْ هُوَ قولَهُ خاصة، وجه قولَهُ: إِنَّ سقيَ زرع غيره حرامٌ بِالْإِجْمَاعِ، لقولَهُ ﷺ: (مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يُسْقِيَنَّ زَرْعَ غَيْرِهِ)(١).

وتفسيره إِذَا تزوج حاملاً من زنا أنه لَا يقربها، فَإِذَا وطئت فَقَدْ احتمل العلوق، فوجب التنزه، وَهَذَا أوضح فِي مِلْكِ الْيَمِين.

وجه قولَهُما: إِنَّ هَذَا ماء لَا نسب لَهُ، وَمَا كَانَ احترام الماء إِلَّا أَنَّهُ صاحب نسب، فَإِذَا لَمْ يثبت لَهُ نسب بطلت حرمته، ولأَنَّ الشرع ما شرع النكاح فِي الأصل

---

(١) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ١٧٤٦٠/ بهذا اللفظ.

وبلفظ: (عن رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله عَنْهُ قامَ فينا خطيبا قالَ أَمَّا إِنّي لَا أقولُ لكم إِلَّا ما سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ يومَ حنينٍ قالَ لَا يحلُّ لامرئٍ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ أن يسقيَ ماءه زرعَ غيره يعني إتيانَ الحبالى وَلَا يحلُّ لامرئٍ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ أن يقعَ عَلَى امرأةٍ منَ السَّبيِ حَتَّى يستبرئها وَلَا يحلُّ لامرئٍ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ أن يبيعَ مغنما حَتَّى يقسم) أخرجه أبو داود/ ٢١٥٨/ واللفظ لَهُ، وأخرجه الترمذي/ ١١٣١/ مختصراً، وأحمد/ ١٦٩٩٠/ باختلاف يسير، وصححه ابن حبان.

إِلَّا عَلَـى رحم فارغـة، أَوْ بعد المبالغة فِي الاحتياط لمعرفـة الفراغ، حَتَّى جُعلت العـدة ثَلَاثَة أقراء، وَهِيَ تزيد عَلَى هَذَا الاسـتبراء، وَإِذا كَانَ هَذَا أصله لَمْ يتعلق بِهِ وجوب الاسـتبراء، ولما كَانَ الشغل والفراغ باطناً دار الحكم عَلَى النكاح، فقيل: لَا يُسـتبرأ فِـي النكاح بحال اعتباراً لأصله، ولمَّا كَانَ بناء الشـراء عَلَى الاسـتبراء لصحتـه، وَلَا تعلق لَهُ بِذَلِكَ وجب الاسـتبراء بعده لقيام الشـغل مَعَهُ غالباً، وأقيم السبب مقامه، وَهُوَ تجدد الملك، وسقط اعتبار الفراغ، فَكَذَلِكَ فِي هَذَا.

٣٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْـرِ أُمِّي، أَوْ كَفَـرْجِ أُمِّي، وَلَا نِيةَ [لَهُ][(١)]؛ قَالَ: هُـوَ مُظَاهِرٌ، وإِنْ نَوَى ظِهَارَاً فَظِهَارٌ، وإِنْ نَوَى طَلَاقَاً فَطَلَاقٌ.

أَمَّـا الْأَوَّل: فصريح، وَأَمَّا الثَّانِي: فَإِنَّهُ فوقـه فِي المعنى، لِأَنَّ حرمة فرج الأم فَوْق حرمة الظُّهْر، وَإِذا زَادَ المعنى زادت الحناثة فتأكد الجزاء.

وَأَمَّـا الفصل الثالث: فَلَيْسَ بصريح فإِنْ نَوَى بِهِ الظهار صحَّ، لِأَنَّهُ يحتمل أَنْ يَكُـونَ قصده التحريم والكذب، وإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ صحَّ، لِأَنَّ هَذَا يحتمل أَنْ يَكُونَ عبارة عن التحريم فيكون إيجاباً لَا كذباً، بخلاف قولَهُ: (أنت عليَّ كظهر أمي) أَنَّهُ لَا يقـع بِهِ الطَّلاق وإِنْ نَـوَى، لِأَنَّ حقيقته باطل لِأَنَّهُ باعتبار حقيقته يوجب تحريماً مؤبداً، وَلَيْسَ فِي ولايته، فبقي باطلاً وكذباً.

ووجب تحريم الْمُتْعَة شـرعاً مجازاة لَهُ، والجزاء واجبٌ بطريق التيسير، وَلَمْ

---

(١) الإضافة مني.

يحتمل الزيادة والتغيير، وَإِنَ لَمْ ينوِ شَـيْئاً فِي هَذِهِ المسـألة الأخيرة فَلَا شَـيْءَ عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّهُ يحتمل البر والكرامة والمنزلة، فَلَا يثبت بِهِ غيره بالشك، وَهُوَ الصحيح، وعن محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ جعله يميناً، وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه جعله طلاقاً.

وَإِنْ قَالَ: أنت عليَّ حرام كظهر أمي فَهُوَ عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مثل قولَهُ: (أنتِ عليَّ كظهر أمي) لِأَنَّ هَذَا تفسـير هَذَا الصريح وتأكيده، وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَـالَ: إِنْ نَـوَى بِهِ الطَّلاق فَهُوَ طـلاق، وَلَا يُصدَّق فِي إبطال الظهـار، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وزفـر رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ طـلاقٌ وَلَيْسَ بظهـارٍ، لِأَنَّ صدر الكلام يحتمـل الطَّلاق لَا يصح الظهار بعـده، وَإِنْ قَالَ: (أنت عليَّ كأمي) فَهُوَ كقولَهُ: (مثل أمي)، وَإِنْ قَالَ: (مثل أمـي) أَوْ (كأمي) فأي شـيء نَوَى صحَّ، وَإِنَ لَمْ ينو شَـيْئاً فعَلَيْهِ مـا حكينا عن أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

[بَابٌ فِي تَزْوِيجِ الْبِكْرِ وَالصَّغِيرَيْنِ]

٣٠٦- **مَسْأَلَةٌ**

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْبِكْرِ يُزَوِّجُهَا الْوَلِيُّ [أَيُّ][1] وَلِيٍّ كَانَ فَيَبْلُغُهَا فَسَكَتَتْ وَيَقُولَ لَهَا: إِنَّ فُلَانَاً يَذْكُرُكِ، فَسَكَتَتْ، ثُمَّ يُزَوِّجُهَا؛ قَالَ: هَذَا رِضَاً.

وَقَدْ ذكرنا هَذِهِ الجملة، وَإِنَّمَا زَادَ قولَهُ إِنَّ فُلَانَاً يذكرك، يريد بِهِ فِي أَمَرَ النكاح، لِأَنَّهُ معهودٌ، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وبذلك جاءت السنة عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ دنا من خدر فاطمة، وَقَالَ: إن علياً يذكر فاطمة ثُمَّ خرج، فزوجها، وَكَذَلِكَ كَانَ يقول فِي سائر بناته.

قَالَ يعقوب ومحمَّد ﷺ: إِذَا فعل هَذَا غير ولي أَوْ وليٌّ غيره أولى مِنْهُ فَلَا يكون رضاً حَتَّى تقول: (رضيتُ) بالكلام لما قلنا، إذ البكارة يعجزها عن البيان طبيعة وكرماً وعفة، وصيانةُ ذَلِكَ حق لازم، فوجب النقل[2] بِهِ إِلَى من هُوَ وليها كما وجب النقل إِلَيْهِ بحكم الصغر، فَإِذَا كَانَ غير ولي، بِأَنْ كَانَ عَبْدَاً أَوْ مكاتباً أَوْ كافراً لَمْ يَصِحَّ النقل، كما لَا يصح نقل أصل العقد إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ غيره أقربَ وأولى مِنْهُ، كالجد مع الأب، والأخ مع الجد لما قلنا.

---

(١) الزيادة مني.

(٢) أي وجب نقل الولاية إِلَى الولي الأولى.

٣٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ أُمُّ ولدٍ حَامِلٍ؛ قَالَ: لَا يُزَوِّجُهَا، وَإِنَ زَوَّجَهَا فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ.

لِأَنَّ النكاح ما شرع عَلَى طريق الجملة إِلَّا للنسل، فَإِذَا كَانَتْ الرحم مشغولة بولدٍ لَهُ نسـب كَانَتْ فراشاً، فَلَمْ يبق محلاً لإثبات فراش آخر، كإنكاح المنكوحة، وهذه مشغولة بولد لَهُ نسب.

٣٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَمَةٍ تزوجت رَجُلَاً بِغَيْرِ أَمَرَ سَيِّدِهَا عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا مائةُ دِرْهَمٍ، فَدَخَلَ بِهَا زَوجُهَا بَعْدَمَا أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا؛ فَلَا خِيارَ لَهَا، وَالمَهْرُ لَهَا.

أَمَّا انعقاد النكاح فلأنَّ الأمة من أَهْل العبارة، وَأَمَّا سقوط الخيار فلأنَّ النكاح إِنَّمَا جَازَ عَلَيْهَا بعد العتق، لِأَنَّ المانع زال بالعتق، فَصَارَ جائزاً بالعتق، وبعد الجواز لَمْ ترد عَلَيْهَا ملك، فَلَمْ يوجد سبب الخيار وعلته.

وَأَمَّا المهر فإِنْ كَانَ وطئها قبل العتق فإنما اسْتَوْفَى منفعة مملوكته[1] لِلمَوْلَى فوجب لَهُ، وإِنْ كَانَ وطئها بعد العتق فإِنَّما اسْـتَوْفَى عَلَى مِلكها فوجب البدل لَهَا، وكان يَنْبَغِـي أن يجـب مهران إِذَا وطئها قبـل العتق، لكنا استحسـنا فأوجبنا مهراً واحداً وَهُوَ المسـمى، لِأَنَّ العقل اسـتند جوازه إِلَى الأصل، فثبـت للمعقود عَلَيْهِ حكم التعيين، وَلَا يتضاعف البدل.

---

(١) وَفِي الأصل مملوكه، وَهُوَ قريب.

٣٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ زوج أمته ثُمَّ قتلها قَبْلَ أَنْ يدخل بِهَا زوجها؛ قَالَ: لَا مهر لَهَا عَلَيْهِ وَلَا لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: عَلَيْهِ لمَوْلَاهُا، وَقَالَ: فِي الحرة تُقتل نفسها قَبْلَ أَنْ يَدخل بِهَا أَنَّ لَهَا المهر كاملاً عَلَيْهِ.

وَهَـذَا عندنا، وَقَالَ زُفَـرُ ﷺ: لَا مهر لَهَا، لِأَنَّهَا منعت المعقود عَلَيْهِ، فأشبه ردتها، ووجه قول أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ: أَنَّ المؤكِد للمهر قَدْ وجد وَهُوَ الموت.

ودليل السقوط مع المؤكد باطل كفوات كل المقاصد مع نفس الموت أَنَّها لَا تعمل فِي إبطال المهر، ولأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ من لَهُ البدل منع المعقود عَلَيْهِ قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كالْمَوْلَى إِذَا غيبها.

وإنما قلنا هَذَا لِأَنَّ القتل جَعَلَ غير موت فِي حق القاتل فِي أحكام الموت، وإِنْ كَانَ فِي حكم الله تَعَالَى موتاً بأجله، حَتَّى وجب بِهِ القَوَد والدية والكفارة وإثم القتل.

والشرع قَدْ حكم هاهنا بالكفارة إِنْ كَانَ خطأً، وإِنْ كَانَ عمداً فالقَوَد يبطل لاستحالة أن يجب لَهُ وعَلَيْهِ إثم القتل، فَصَارَ غير موت فِي حقه، فَصَارَ تفويتاً مِنْ غَيْرِ مؤكد، وَأَمَّا الحرة فَلَا ينسب إليها القتل حقيقة وحكماً.

أَمَّا الحقيقة: فلأَنَّ تمام القتل بالموت، وَلَا يتم إِلَّا عند سقوط أهلية الفعل، فَلَا يصح تحقيق القتل مِنْهَا، وَلِهَذا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ، وَهُوَ قول محمَّد ﷺ: أَنَّها تغسل ويصَلَّى عَلَيْهَا، فإِنَّما ينسب القتل إليها مجازاً لَا حقيقةً.

وَأَمَّـا الحكم: فلأنَّه لَمْ يثبت عَلَيْهَا شـيء من أحكام القتل، فبقي موتاً حقيقة وحكماً، وقول أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْكِتَاب (لَا مهر لَهَا) قيل هُوَ مؤكد لَا حكم لَهُ، لِأَنَّ المهر لـو وجب لوجب لَهُ لَا لَهَا، فَـلَا حاجة إِلَى نفي المهر لَهَـا، ويحتمل أن لَا يجب لقضاء دينها أَيْضاً لِأَنَّ ذَلِكَ حق الْمَوْلَى، يصرف إِلَى دينها بِمَنْزِلَةِ بدل رقها، فَإِذَا بطل فِي حقه لَمْ يجب لَهَا.

٣١٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أنا مِنْكَ طالقٌ، ينوي الطَّلاق؛ قَالَ: لَا تَكُونُ طَالِقاً، وَلَوْ قَالَ أنا مِنْكَ بائنٌ ينوي الطَّلاق، كأَنْتِ طَالِقاً، قَالَ: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنَا عَليكِ حَرَامٌ يَنْوي الطَّلَاقَ كأَنْتِ طَالِقاً.

وَهُوَ قولنا، وَقَالَ الشافعي ﷺ: فِي الْأُولَى يقع أَيْضاً، لِأَنَّ الطَّلاق أضيف إِلَى عينٍ مُستَمتَع بِهِ بالنكاح فصح، وَهُوَ عَلَى هَذَا فرع الإضافة إِلَى اليد، وسائر التوابع، ويقع بِغَيْرِ نية، وَلِأَنَّهُ نَوَى ما يحتمل كلامه لِأَنَّهُ كنى بِنَفْسِـهِ عَنْهَا للمجاورة بينهما، قَالَ: العرب سمَّتِ الزوجة جارة.

قَالَ امرء القيس[1]:

يـا جارَتـي بِيْنِـيْ فإِنَّـكِ طالِقَـةْ　　　كذاكَ أُمورُ الناسِ غادٍ وطارِقَةْ[2]

(١) امـرؤُ القيس بنُ حجرُ بنُ الحارثِ الكندي (٥٠١-٥٤٤م) شـاعر عربي ذو مكانة رفيعة، برز فِي فترةِ الجاهلية، ويعد رأس شـعراء العرب وأبرزهم فِي التاريخ ووصف بأنه أشـعر النّاس، وَهُوَ صاحب أشهر معلقة من المعلقات. عرف واشتهر بلقبه. أنساب الأشراف.

(٢) هَذَا البيت للشاعر الأعشى من قصيدته: يا جارتي بيني، فإنّكِ طالقهْ. =

وَعَلَـى هَذَا لَا يقع إِلَّا بالنيـة، ولأصحابنا: أَنَّهُ تصرف أضيف إِلَى غير محله، لِأَنَّ محل الطَّلاق الْمَرْأَة بِالْإِجْمَاعِ فبطل، كما إِذَا أضيف إِلَى حَملِها، وعندنا التابع لَا يصلـح محلاً، وَهَذَا بخلاف الحرام والبائن، لِأَنَّ حكمه المحكم يتصل بالْمَرْأَة فصارت الْمَرْأَة مذكورة، وحكم الصريح للحال لَا يتصل بالْمَرْأَة، فَلَمْ يصير المحل مذكوراً، وَلَا بد مِنْهُ للصحة.

وطريق الاسـتعارة بالمجاورة باطلٌ، لِأَنَّ مجاورة المالك مع المملوك لغوٌ، كمجاورة الْجَارِيَة مع سيدها، وَإِنَّمَا المجاورة فِيمَا هُوَ تبعٌ فِي النكاح وَهُوَ الحل.

٣١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثَـلاثَ تَطْلِيقَاتٍ فِي مَرَضِ مَوتِهِ بِأمرِهَا يُـوصِي لَهَا بِوَصِيَّةٍ ثُمَّ يَموتُ فِي العِدَّةِ، وَقَدْ كَانَ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ الطَّلاقِ؛ قَالَ: لَهَا الأَقَلُّ مِنَ الميرَاثِ وَمِنَ الوَصِيَّةِ، وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ.

وَقَـالَ زُفَـرُ ﷺ: لَهَا ما أوصـى، أَمَّا الميـراث فَقَدْ بطل بسـؤالها، وَإِذَا بطل الميراث بطل المانع من صحة الوصية، ولنا: أَنَّ هَذَا موضع التهمة لِأَنَّ الإنسان قَدْ يختار الطَّلاق ليبطل الميراث لضيقه، ويفتح باب الوصية ليزيد حقه.

= الأعشى: أبو بصير ميمون بن قيس بن جندل بن شراحيل بن عوف بن سعد بن ضبيعة البكري المعروف بالأعشـى وأعشى قيس: شاعر جاهلي من شـعراء الطبقة الأولى فِي الجاهلية، لقب بالأعشى لأنه كَانَ ضعيف البصر، والأعشى فِي اللغة هُوَ الَّذِي لَا يرى ليلا ويقال لَهُ: أعشى قيس والأعشى الأكبر، أدرك النَّبي ﷺ ومدحه وَلَمْ يسلم. توضيح المشتبه ١/ ٢٥٦

والنكاح موضع التهمة، أَلَا تَرَى أَنَّهُ منع قبول الشهادة؟ فأثبتنا الأقل الَّذِي لَا تهمة فِيهِ.

وفرق أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله بين هَذَا وبين الزوجين يتصادقان فِي مرض الزَّوْج عَلَى أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً فِي صحته وَأَنْ عدتها قَدْ انقضت، ثُمَّ أوصى لَهَا بوصية أَوْ أَقَرَّ لَهَا بدين أَنَّ ذَلِكَ جائزٌ عندهما، وإِنْ كَانَ فِيهِ هَذِهِ التهمة.

والفرق أَنَّ التهمة أمرٌ باطنٌ، وإنما يَعتبر الشرع فِي موضع التهمة السبب الداعي إليها، وَفِي مسألتنا وجد الداعي، وَهُوَ قيام العدة، فوجب تحقيق حكم التهمة، كما يجب عند النكاح والقرابة، فأمَّا هناك فَلَيْسَ بينهما للحال سبب يدور عَلَيْهِ حكم التهمة.

٣١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةٍ عَلَى أَلْفِ دِرْهَم فَدَفعَهَا إليها، فوهبتها لَهُ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول بِهَا؛ قَالَ: يَرْجِع عَلَيْهَا فَيَأْخُذُ مِنْهَا خَمْسَمائَةٍ، فإن لَمْ يَقْبِضْ حَتَّى وَهَبْتَهَا لَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول بِهَا لَمْ يَرْجِع بِشَيْءٍ، وَلَمْ يَكُنْ لِواحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ شَيْء، وَإِنَ قَبَضَتْ خَمْسَمائَةٍ خَمسمائَةٍ ثُمَّ وَهَبَتْ فَأَقْبَضَتْ وَلَمْ يَقْبِضْ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا لَمْ يرده عَلَيْهَا بِشَيْءٍ إِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَرْجِع عَلَيْهَا بِنِصْفِ مَا قَبَضَتْ.

وَإِنَ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَرَض فقبضته ثُمَّ وهبته لزوجها ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يدخل بِهَا لَمْ يَرْجِع عَلَيْهَا بِشَيْءٍ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيْعَاً، أَمَّا إِذَا كَانَ المهر ديناً من المكيل

والمـوزون فوهبته بعد القبض، فإنَّ المقبوض غيـر الدين حقيقة وحكماً، حَتَّى لَا يلزمها رد عين ما قبضت بالطَّلَاق قبل الدُّخُول، فصارت هبة المقبوض ومال آخر سواء، فَلَمْ يسلم للزوج حقه.

فَـإِذَا طَلَّقَهَا وجب عَلَيْهَا رد النصـف، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يقبض شَـيْئاً فَإِنَّهُ لَا يَرْجِع عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: يَرْجِع لِأَنَّهُ إِنَّمَا سلم لَهُ المهر بالإبراء، فَلَا يوجب البراءة عما يستحقه بسبب الطَّلَاق، ولنا: أَنَّهُ يسلم لَهُ حقه بِعَيْنِهِ، فوجب بِهِ البراءة عن المطالبة فِي أوانه، كمن استعجل ديناً مؤجلاً.

بيانـه: أنَّ حق الزَّوْج فِي الطَّلَاق قبل الدُّخُول أن يبرأ عن نصف ما عَلَيْهِ عَلَى طريق الفسـخ، لِأَنَّ التنصيف إِنَّمَا وجب لشبه الفسخ، ويصير المهر كالمشترك من الأصـل بخلاف ما لـو كَانَ مقبوضاً، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ ثبـت أنَّ حق الزَّوْج كَانَ فِي البراءة عن النصف يوم أبرأته عن الكل، يصلح أَيْضاً لحقه.

وَلَمْ يعتبر اختلاف السبب عند سلامة المقصود، وإِنْ كَانَ المهر عَرَضاً فوهبته قبـل القبض أَوْ بعده لَمْ يَرْجِع بِشَـيْءٍ عند الطَّلَاق، لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يتعين، فسـلم لَهُ مقصوده بكل حال، وَلَهُا إِذَا قبضت خمسمائة.

فوجه قولَهُما: إنَّ الشـرع جَعَلَ الحط فِي الحكم ملحقاً بالأصل، فيخرج من أَنْ يَكُونَ مهراً، وصار كَانَ المهر كله مقبوض، ولأنَّ النصف يحل المقبوض وغير المقبوض، ولأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ حق الزَّوْج قَدْ سلم لَهُ لما قلنا إنَّ حقه ثبت شبه الفسخ، فثبت من الأصل فِي النصف فَإِذَا قبضت شَيْئاً فإنَّما قبضته فِي التقدير بعد التنصيف ووجوب القسمة لما قلنا، فانصرف قبضها إِلَى نصيبها وبقي الَّذِي عَلَيْهِ لَهُ.

وَأَمَّا الحط والإبراء فَلَا يلحق الأصل فِي هَذَا البَابِ كما لَا يلحق الزيادة حَتَّى

لَا تتنصـفُ بِالْإِجْمَـاعِ، وَهَذَا لِأَنَّ عقد النكاح لَيْسَ بعقـد معاوضة وَلَا مبادلة مال بِمَالِ، فَلَا يجب فِيهِ إسناد الإبراء والحط مع إمكان التحقيق للحال.

٣١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ خَلَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى هَذِهِ الخَمْرِ، أَوْ هَذِهِ المَيتَةِ؛ قَالَ: الطَّلَاقُ وَاقِعٌ، وَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ.

بخلاف العتق عَلَى خمر أَوْ الكتابة أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الخمر فِي الكتابة يجب قيمته عَلَيْهِ، والفرق أَنَّ الخمر مال، لكن أهانه الشرع فَلَمْ يصلح لتقويم غير المتقوم وَلَمْ يصلـح لإبطـال قيمة المتقوم، وَقَدْ قوبلـت فِي العتق بالرقبة، وَهِـيَ متقومة، وَفِي الكتابة عند الأداء تقابل الرقبة أَيْضاً وَهِيَ متقومة، فَلَمْ تسـقط قيمتها بِمَا لَا يصلح للإسقاط، وَفِي الخلع قوبل بِمَا هُوَ غير متقوم عَلَى ما قلنا، فَلَمْ يصلح للتقويم.

٣١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِـقٌ ثَلَاثـاً إن دخلت الدار، ثُمَّ طَلَّقَهَـا ثِنْتَيْنِ ثُمَّ تزوجَتْ زَوْجَـاً غَيرَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَدَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى الزَّوْجِ الْأَوَّلِ فَدَخَلَتْ الدَّارَ؛ قَالَ: هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً. قَالَ محمَّد ﷺ: هِيَ طالقٌ مَا بَقِي مِنْ الطَّلَاقِ.

وأصلـه أَنَّ الزَّوْج الثَّانِي هل تعمل إصابته فِيمَا دون الثَّـلَاث، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ ﷺ: تعمل، وَقَالَ مُحَمَّـدٌ ﷺ: لَا تعمل، فيعود بالثلاث المبتدأة عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، وعند محمَّد ﷺ ما بقي.

وحاصـل الخـلاف أنَّ إصابة الـزَّوْج الثَّانِي غاية لَا أثر لَهَـا عند محمَّد ﷺ، وقالا: هِيَ علة لحدوث الحل شرعاً بِمَنْزِلَةِ النكاح لحدوث ملك الحل، والطهارة لحل الصَّلَاة، فتحدث فِي هَذِهِ المسألة حلاً جديداً فيملك عَلَيْهَا الثَّلَاث.

وَاحْتَـجَّ محمَّد ﷺ بأنَّ النَّص جَعَلَ الزَّوْج الثَّانِـي غاية فَلَا يزيد عَلَيْهِ، وغاية التحريـم لَا يتصور قبل وجـوده، ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ أنَّ الزَّوْج الثَّانِي سـمي محللاً فِي الشـريعة، كَذَلِكَ جـاءت الشـريعة وَكَذَلِكَ جاءت السـنة وَهُوَ المتعارف فِي الصدر.

والاسم الشرعي يدلُّ عَلَى الحكم الشرعي، ولأنَّ الطَّلَاق يعمل عملين: قطع المِلـك، وقطع الحـل، عمله فِي الملك القائم يقع غير موقـوف بَلْ مطلقاً يحتمل الانتهاء بِمَا يعارضه عَلَى سـبيل المناقضة وَهُوَ إصابة الزَّوْج، فشرع الحل فِي حقه بِمَا هُوَ مكروه فِي الطبائع محاذاة لَهُ، وبما مِنْهُ خالصة فِي حق الْمَرْأَة، وَهُوَ الإصابة بالحلال، وكلمة (حَتَّى) إِنَّمَا ذكرت فِي عامة المواضع فِيمَا هُوَ غاية مؤثرة.

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وَقَالَ: ﴿حَتَّىٰ تَسۡتَأۡنِسُواْ﴾ [النور: ٢٧]، وَقَالَ: ﴿حَتَّىٰ تَغۡتَسِلُواْ﴾ [النِّساء: ٤٣]، ﴿حَتَّىٰ يَطۡهُرۡنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

فَإِذَا عادت بثلاث عندهما ثُمَّ وجد الشـرط وقع الكل، وَلَمْ يبطل شـيء من الْيَمِين، لِأَنَّ بطلان الْيَمِين بفوات محل الجزاء، وَلَمْ يوجد.

قَـالَ: وَإِنْ قَالَ لَهَا: (إن دخلتِ الدار فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثـاً)، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً، ثُمَّ عادت إِلَيْهِ بعد الزَّوْج الثَّانِي فدخلت الدار لَمْ يقع عَلَيْهَا شيء، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: يقع لِأَنَّ الشـرط وجد فِي الملك بعد صحة الْيَمِيـن، فَلَا يعتبر الزوال المتخلل كما لَمْ يعتبر تحلل زوال المِلك.

وجه قولنا: إنَّ الْيَمِين إِنَّمَا يصح بالشـرط والجزاء، وَلَوْ فات الشـرط بطلت الْيَمِيـن بـأن قَالَ: (إن كلمـت فُلَانَاً فامرأتـه طالق)، فمَاتَ فلان، فَـإِذَا بطل محل الجـزاء وجـب أن تبطل، وَقَدْ بطل محل الجزاء بالثـلاث لِأَنَّهَا بصفة الحل تكون محلاً، وَقَدْ بطل الحل بالثلاث.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ: (كلما تزوجتك فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً)، فتزوجها فطلقت ثَلَاثَاً، ثُمَّ عادت إِلَيْهِ بعد زوج الثَّانِي، طلقت ثَلَاثَاً، وَكَذَلِكَ رجل طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ قَالَ لَهَا: (إن تزوجتـك فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً) صحَّ عقد الْيَمِين، وَكَذَلِكَ ضداً فِي العتاق، نصُ ذَلِكَ فِي الجامع الكبير، وَقَدْ صحت الْيَمِين بالثلاث عند عدم الحل.

وَفِي مسـألة الخلاف بطلت الْيَمِين لعدم المحلل بالتنجيز، والفرق بينهما أن عقد الْيَمِين يتضمن شبهة إيجاب الجزاء.

أَلَا تَـرَى أَنَّ قائم الملك شـرطٌ؟ فشُـرط لبقائـه بقاء الحـل، وهاهنا بطلت هَذِهِ الشـبهة، لِأَنَّ الطَّلَاق تعلق بِمَا لَهُ شَـبَهٌ بالعلل وَهُوَ النكاح فتبطل بِذَلِكَ شبهة الإيجاب كما تبطل حقيقة الإيجـاب بالتعليق بحقيقة العلة، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ لعبده إن أعتقتك فأنت حر، وَإِذا بطلت الشبهة لَمْ يُشرَط قيام المحل.

❁ ❁ ❁

[بَابُ طَلَاقِ السُّنَّةِ]

٣١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا، وَهِيَ ممن تحيض أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّـنَّةِ، وَلَا نِيَّةَ لَهُ؛ قَالَ: يَقَعُ عِنْدَ كُلِّ طُهرٍ وَاحِدَة، فإِنْ نَوَى أَنْ يَقَعَ الثَّلَاث جَمِيْعَاً السَّـاعَة، كَانَ كما نَوَى، وإِنْ نَوَى أَنْ يَقَعَ عِنْدَ رَأْسِ كُلِّ شَهْرٍ وَاحِدَة فَهُوَ كما نَوَى.

أَمَّا إِذَا طلق فلأنَّ السـنة فِي الطَّلاق تفريقهـا عَلَى الأطهار، وإِنْ نَوَى الجمع صحَّ عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يصح لِأَنَّهُ نَوَى البدعة، وَهِيَ ضد السنة، ولنا أَنَّهُ نَوَى ما يحتمله لفظه لِأَنَّ من السنة صحة الجمع بين الثَّلَاث.

أَلَا تَرَى أَنَّ من أنكر ذَلِكَ فَقَدْ لزم البدعة، وخالف السـنة، وإنما عرف ذَلِكَ من بالسنة.

أَلَا تَـرَى ذَلِكَ سـنة من طريـق الوقوع، لَا من طريق الفعـل، وكان قاصراً لَا يُحمـل عَلَيْهِ مطلق الكـلام، وعند النية يصح، وَكَذَلِكَ إِذَا نَوَى عند كل شـهر لِأَنَّ ذَلِكَ يحتمل أَنْ يَكُونَ للسـنة كاملاً، ويحتمل أن يقع فِي الحيض، فيصير سـنياً فِي الوقـوع، وَلَوْ نَوَى الَّذِي هُوَ بدعة صحَّ، فهذا أولى لِأَنَّ الَّذِي تردد حاله بين السـنة والبدعة عرف صحيحاً بالسنة أَيْضاً.

وَكَذَلِـكَ لو كَانَتْ الْمَرْأَة آيسـةً مدخولـةً أَوْ صغيرةً مدخولةً فَقَـالَ لَهَا: أَنْتِ

طَالِقٌ للسنة ثَلَاثًا، وَقَعَتْ فِي الحال وَاحِدَة لِأَنَّ وطأها لَا يُبطل السنة، ثُمَّ بعد شهر أُخْرَى، ثُمَّ بعد شهر أُخْرَى، لِأَنَّ الشهر فِيهَا أقيم مقام الحيض.

وإِنْ نَوَى أن يقع الثلاثة الساعة جملةً كَانَ كما نَوَى، لما قلنا، وَهَذَا بخلاف قولَهُ أَنْتِ طَالِقٌ للسنة، وَهُوَ ينوي ثَلَاثًا أنه إِذَا نَوَى وقوع الثَّلَاث جملة لَمْ يَصِحَّ، لِأَنَّ نية الثَّلَاث إنما صحت فِي هَذَا الاعتبار عدد الْوَقْت، فَإِذَا نَوَى الجمع بطل العدد فَلَا يصح نية الثَّلَاث.

❁ ❁ ❁

[بَابُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ وَالعِدَّةِ بِالنِّسَاءِ]

٣١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهَا: لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُكِ، وَقَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي؛ أَنَّهُ يَسْتَحْلِفُهَا عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ حَلَفَتْ صُدِّقَتْ، يُرِيدُ بِهِ فِي حُكْمِ الْمُرَاجَعَةِ.

ووجه ذَلِكَ: أَنَّ الرَّجْعَة ثابتة بالطَّلاق، ولكنها تريد إبطالها عَلَى الزَّوْج لكن دعوى الإبطال مبنيٌّ عَلَى أمرٍ يختص بمعرفتها وَهُوَ الحيض، فجُعل القول قولَهُا إِنْ كَانَتْ مدعية ثبت بنكولَهُا بخلاف ما إِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ بتصادقها، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ راجعها فِي العِدَّةِ وأنكرت الْمَرْأَة، إنَّها لَا تستحلف عند أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ ذَلِكَ يوجب استحلال البضع بالنكول.

٣١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ بِالأَمَةِ فَيَدْخُلُ بِهَا ثُمَّ يَشْتَرِيها، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا؛ قَالَ: لَا يَقَعُ عَلَيْهَا طَلاقٌ.

لِأَنَّ العدة لَمْ تجب فِي حق الْمَوْلَى فأشبه ذَلِكَ الطَّلاق قبل الدُّخُول، وَهَذَا لِأَنَّ الطَّلاق يعتمد ملك الحل أَوْ قيام الحل، وَلَمْ يوجد لِأَنَّهُ صَارَ فرعاً لِملك الرقبة.

وذكر هاهنا مسألة الزَّوْج يموت فِي السَّفَرِ أَوْ يطلق وَقَدْ أفاد أَنَّ الطَّلاق

والموت سـواء إِذَا كَانَ بائناً أَوْ ثَلَاثاً، وَقَالَ فِي آخِرِ المسـألة: فإِنْ كَانَتْ فِي المصر لَمْ تخرج إِلَّا بولي، وأراد بِهِ بعد انقضاء العدة.

٣١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَتَزَوَّجُ الأَمَةَ فَيَدْخُلَ بِهَا؛ قَالَ: إِنْ بَوَّأَهَا الْمَوْلَى مَعَهُ بَيْتاً فعَلَيْهِ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى.

لِأَنَّ النفقة إِنَّمَا تجب عندنا جزاء الحبس، وَلَا يستحق ذَلِكَ عَلَى مولى الأمة، لِأَنَّ ملكـه فِي الرقبة والمنافع باقٍ، فَصَارَ مقدمـاً، فَإِذَا بوأها بَيْتاً، وأبطل حقه، فَقَدْ وجد الحبس، فوجب جزاؤه وَهُوَ النفقة والسكنى.

٣١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الأَمَةَ فَيَدْخُلُ بِهَا، ثُمَّ يطلقها ثِنْتَيْنِ؛ قَالَ: تَجْتَنِبُ مَا تَجْتَنِبُ الحُرَّةُ مِنْ الزِّينَةِ إِلَّا الخُرُوجَ.

لِأَنَّ الحـداد إِنَّمَا وجب قضاءً لحق النكاح تعظيماً لخطره لصاحب الشـرع، والأمة أَهْل لذلك، وَلَيْسَ فِيهِ بطلان شيء من حق الْمَوْلَى، لِأَنَّ حقه فِي الاستخدام لَا يفوت بِهِ، فأَمَّا الخروج فَلَيْسَ بحرام عَلَيْهَا [وَإِنَ][1] كَانَ فِيهِ تفويت حق الْمَوْلَى، وحق الولي مقدم عَلَى حق الزَّوْج وَعَلَى حق صاحب الشرع.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الْمَوْلَـى يمنعها مـن النوافل، ويمنـع العَبْد من شـهود الْجُمُعَة والجماعة، وحق الله تَعَالَى فِي العِدَّةِ دون حقه فِي سائر العبادات، فسقط عَنْهَا.

(١) الإضافة مني.

وَقَالَ: فِي مسـألة الصغيرة لَيْسَ عَلَيْهَـا أن تجتنب ما تجتنب الكبيرة، يريد بِهِ لَا بَـأْسَ لَهَا بالخروج، لِأَنَّ الخروج إِنَّمَا يحرم صيانة لحق الشـرع أَوْ صيانة لحق الزَّوْج، وَلَا حق للزوج لِأَنَّهُ لَا حل لَهُ عَلَيْهَا، وَلَا ماء تصونه بِشَيْءٍ من ذَلِكَ بخلاف الحـرة الكبيرة، لِأَنَّهَا أهلٌ لوجوب حـق الله تَعَالَى، ولحق الزَّوْج، وَلَا تؤخذ الأمة بِشَـيْءٍ من ذَلِكَ، وَلَا تؤخذ الكتابة بالحـداد، وتؤخذ بحرمة الخروج حقاً للزوج، حَتَّى إن لَهُ أن يمنعها من الخروج فِي العِدَّةِ.

وَلَوْ أذن لَهَا حل لَهَا الخروج لِأَنَّهَا لَا تؤخذ لحق الشـرع، لِأَنَّهُ يشـبه العبادة، وَإِنَّمَـا تؤخـذ لحق الزَّوْج، وَقَدْ أبطل الزَّوْج حقه وصـار حال العدة كحال النكاح فِي حق الكتابية، وَفِي الصغيرة حالة العدة، لَا تُمنع الخروج للشرع، وَلَيْسَ للزوج حبسـها أَيْضاً، لِأَنَّهَـا لَا تصون ماء الزَّوْج بخلاف حال النـكاح، فإِنَّ الزَّوْج يَمْلِك الاستمتاع لَهَا، فملك حبسها وَإِنَ لَمْ تصن ماء.

والمجنونة والمعتوهة بِمَنْزِلَةِ الذمية يحبسها الزَّوْج لصيانة مائه، كما فِي حال النكاح.

٣٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَة نِكَاحاً فَاسِدَاً فَيَدْخُلُ بِهَا ثُمَّ يُفَرقُ بَينهَا؛ قَالَ: لَا تَجْتَنِبُ مَا تَجْتَنِبُ الصَحِيحَةُ [فِي][1] النِّكَاحِ.

لِأَنَّ الحداد إِنَّمَا لزمها تأسـفاً عَلَى ما فاتها من النكاح، والفاسـد من النكاح

(١) الإضافة مني.

معصية فلزمها الشكر عَلَى فواته، وَلَا يجب السكنى أَيْضاً وَلَا الحبس، لِأَنَّهُ لَا ملك لَهُ عَلَيْهَا أصلاً بالنكاح الفاسد، فَلَمْ يبق عَلَيْهَا ملك اليد.

٣٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُزَوِّجُ بِنْتَ أَخِيهِ ابْــنَ أَخِيهِ، وَهُمَا صَغِيرَانِ وَهُوَ وَلِيهُمَا، ثُمَّ يَكْبُرَانِ وَقَدْ علمت بِالنِّكَاحِ؛ قَالَ: إِنْ سَــكَتَتْ حِينَ تَبْلُغَ فَهُوَ رِضاً بِالنِّــكَاحِ، وَإِنَ رَدَّتْ لَمْ يَكُنْ رَدُّهَا رَدّاً حَتَّى يَنْقُضَ القَاضِي النِّكَاحَ.

وَأَمَّا الغلام فَلَهُ الخيار ما لَمْ يقل رضيت، أَوْ يجيء مِنْهُ ما يعلم أنه رضا، قَالَ: وَإِنْ مَــاتَ أَحَدُهُمَا ورثه صاحبه، ثُمَّ قَــالَ: إِذَا زوج بنته ابن أخيه ثُمَّ أدركا لَا خيار لَهَا، وَلَهُ الخيار، وَلَا يكون رده رداً مالم ينقض القَاضِي النكاح.

وَقَــالَ: فِــي الَّذِي يزوج بنت أخيــه من ابن أخيه أَنَّها إِذَا لَــمْ تعلم بالنكاح لَمْ يسقط خيارها حَتَّى تعلم فتسكت.

وحاصــل ذَلِكَ أَنَّ غيــر الأب والجد لَا يُلــزم عقده فِي هَذَا البَــابِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄، وَقَالَ أَبُو يُوسُــفَ ﵀: يُلــزم، لِأَنَّ إنكاح الولي مَتَى صحَّ لزم، كالأب يزوج، وَهَذَا لِأَنَّ الولاية لَا تُشرع فِي غَيْرِ موضع النظر، قَامَ عقد الولي مقام عقد الْمَوْلَى عَلَيْهِ لو كَانَ بالغاً، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄ أَنَّ العقد لليتامى مشروع بطريق النظر والاحتياط عن الظلم مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

والنكاح يتضمن مقاصد يمتنع تكميلها بســبب قصور الشفقة فَكَانَ النظر فِي القول بصحتــه للحال ثُمَّ القول بالتخيير ليضاف الضــرر إِنْ كَانَ إِلَى اختيار البالغ

عَلَى نفسه فيبرأ الأولياء عن عهدة اليتامى، والنكاح يحتمل مثله عند قصور الولاية.

أَلَا تَرَى أَنَّ عقد الأمة لَا يلزم؟ وَإِذا ثبت هَذَا قلنا الخيارات ثَلَاثَة، خيار بلوغ، وخيار عتق، وخيار المخيرة.

والفرقة بِهِ يكون فسخاً بِمَنْزِلَةِ خيار العتق بخلاف خيار المخيرة، وَهَذَا الخيار إِذَا ثبت للغلام أَوْ الأنثى ومتى ثبت لَمْ يبطل بالقيام عن المجلس بخلاف خيار العتق والمحيرة، فَإِنَّهُ يمتد إِلَى آخَرَ المجلس فِي الثيب والبكر جَمِيْعَاً، وَإِذا لَمْ تعلم الصغيرة أَوْ الصَّغِير بالنكاح كَانَ الجهل عذراً، وَإِذا لَمْ يعلم بالخيار لَمْ يَكُنْ الجهل عذراً حَتَّى إِذَا سكتت البكر بطل خيارها بخلاف خيار العتق، فإِنَّ جهل الأمة بالخيار مع العلم بالنكاح جَعَلَ عذراً، وَفِي خيار المخيرة الجهل لَا يجعل عذراً.

وأصل ذلكَ أنَّ خيار البلوغ لإلزام النقض لَا للدفع لأَنَّهما لَا يرفعان ضرراً ظاهراً فجُعل إلزاماً فِي حق الخصم الآخر، وخيار العتق ثبت دفعاً لضرر ظاهر وَهُوَ زيادة المِلك عَلَيْهَا.

وأصل آخر: أنَّ خيار العتق يثبت بإثبات الْمَوْلَى مِنْ وَجْهٍ، لِأَنَّ الاعتاق إثبات، وَكَذَلِكَ خيار المخيرة.

وَإِذا ثبت هَذَا قلنا: إِنَّمَا يستوي الذكر والأنثى هاهنا لِأَنَّ وهم الخيانة فِي حقهما ووجوب الاحتياط فِي حقها سواء، وزيادة المِلك فِي العتق يتصور عَلَى الأمة دون العَبْد، ولما كَانَ الاختيار فِي البلوغ إلزاماً توقف عَلَى حكم القَاضِي كالرد بالعيب بعد القبض، ولما كَانَ اختيار المعتقة دفعاً تم بالخصم مِنْ غَيْرِ حكم، كالرد بالعيب قبل قبض المبيع، ولما كَانَتْ الفرقة حكماً لقصور الولاية فِي باب البلوغ منع ذَلِكَ لزوم النكاح فاحتمل الفسخ.

أَلَا تَرَى أَنَّ اشـتراك الزوجين فِي ذَلِكَ يبطل الطَّلاق؟ ومن قضية الظلم الرد إِلَـى رأس الْمَال، وَفِي العتق إِنَّمَا يثبت الخيار لـرد الزيادة، وَلَا ولاية لِلمَوْلَى فِيهِ، فسـقط لزومـه أَيْضاً، وَلَمْ يصلح طلاقـاً وَهُوَ مخصوص بالْمَرْأَة بإثبـات الْمَوْلَى، وَلَيْسَ إِلَيْهِ الطَّلاق، وَلَا يبطل هَذَا الخيار بالقيام عن المجلس بِمَنْزِلَةِ خيار العيب، وبمنزلة ابتداء النكاح عَلَى كل واحد مِنْهُمَا بعد البلوغ.

وخيار العتق ثابتٌ بإثبات الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ حكم العتق وَهُوَ ثابت بإثباته فاقتضى جوابـاً فِي المجلس بِمَنْزِلَةِ جواب التمليك، وَكَذَلِكَ فِي المخَيرة، وَفِي البكر بطل بالسكوت هاهنا، وَلَمْ يمتد لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ ابتداء العقد، وَفِي العتق هُوَ جواب التمليك، وَكَذَلِكَ المخيرة فالتمسنا فِي الامتداد إِلَى آخَرَ المجلس.

والجهـل بالنكاح عـذر لِأَنَّ الولي ينفرد بـهِ، والجهل بالخيار لَـمْ يعتبر فِي البلوغ لما قلنا أَنَّهُ إلزامٌ، والجهل لَا يصلح حجةً للإلزام، وَفِي العتق دَفَعَ، والجهل يصلـح عـذراً للدفع، ولأنَّ جهل الأمة فِـي موضعه لِأَنَّهَا لَا تخالـط الحرائر، وَلَا تتفرغ لمعرفة الأحكام.

وجهـل الصغيرة فِي موضع العلـم كَانَ باطلاً كجهل الَّـذِي فِي دار الحرب بالشـرائع يُجعل عذراً، وَفِي دار الْإِسْـلَام لَمْ يُجعل عـذراً، وجهل خيار المخيرة جهـل فِي غَيْرِ موضعه أَيْضَاً، وجُعل ذَلِكَ طلاقاً، لِأَنَّ الزَّوْج هُوَ الَّذِي أوجبه، ولما صـحَّ النكاح فِي حـال الصغر هاهنا وجب المِلك، وَذَلِـكَ كافٍ للإرث كما كفى للحِل، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ لازماً يقبل الفسخ.

أَلَا تَرَى أَنَّ البيع مع هَذَا الوصف يوجب الملك والحل؟

وذكر نَقضَ القَاضِي من الخواص.

٣٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الحَرْبِيَّةِ تَدْخُلُ إِلينَا مُسْلِمَةً، وَقَدْ كَانَ لَهَا زوجٌ؛ قَالَ: لَا عدة عَلَيْهَا، وَإِنَ تزوجت جَازَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: عَلَيْهَا العِدَّةُ.

وجه قولَهُما: إنَّ هَذِهِ فرقة وَقَعَتْ بعد الدُّخُول فوجبت العدة، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الفرقة مَتَى وَقَعَتْ بتباين الدارين لَمْ تجب العدة، كما إِذَا سبيت الْمَرْأَة المنكوحة لما عرف أنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تبديل الشخص.

فأَمَّا إِذَا كَانَتْ حاملاً فَلَا يصح النكاح لِأَنَّهُ حملٌ ثابت النسب، فمنع النكاح كحمل أم الْوَلَد، وروى الحسن عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّها تنكح لكن لَا يقربها زوجها كالحامل من الزنا، والصحيح جواب الْكِتَاب.

٣٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ ظِهَارِهِ، ثُمَّ أَعْتَقَ النِّصْفَ الآخَرَ عَنْ ظِهَارِهِ؛ قَالَ: يُجْزِئُهُ. أَمَّا عِنْدَهُمَا: فإِنَّ ذَلِكَ لَا يتجزأ، فَإِذَا أَعْتَقَ نصفه فَقَدْ أَعْتَقَ كله.

وَأَمَّا عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فإِنَّ القياس أن لَا يجزأه، لِأَنَّ النصف الباقي صَارَ بِمَنْزِلَةِ المدبر وأم الْوَلَد فَلَا يجزؤه.

ووجه الاستحسان: أنَّ هَذَا النقصان إِنَّمَا حصل بسبب أداء الكفارة فَلَا يمنع الجواز كمن أضجع أضحيته فأصاب السكين عينها أن ذَلِكَ لَا يمنع جوازه

استحســاناً فَكَذَلِكَ هَذَا لِأَنَّ الأداء إنما شــرع بطريق الإتلاف فَكَانَ ما يتصل بِهِ من جنسه ملحقاً بِهِ.

٣٢٤- وعن يعقــوب عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نصف عبد بينه وبين آخر عن ظهاره [وَهُوَ موسر][1] فضمَّنه شريكه نصف قيمته، ثُمَّ أَعْتَقَ النصــف البــاقي عن ظهاره، أن ذَلِكَ لَا يجــزؤه، وَقَالَ أَبُو يُوسُــفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يجزؤه.

أَمَّــا عندهما فإِنَّ الإعتاق لَا يتجــزأ، فَإِذَا ضَمِنَ قيمته صَــارَ الإعتاق كله من الَّذِي ضَمِنَ فأجزأه عن كفارته.

وعنــد أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله لَا يجــزؤه، فأخذ بالقياس هاهنــا، لِأَنَّ إعتاق النصف الْأَوَّل أوجب نقصاناً فِي الباقي، وَهَذَا النقصان لَيْسَ من الأداء، لِأَنَّ إعتاق النصف الْأَوَّل قَــدْ وُجــد وَهُــوَ لَا يَمْلِك إعتاق الباقي عــن ظهاره، وَإِنَّمَا ذَلِــكَ إِلَى اختيار الســاكت تمليكه فَلَمْ يقع منتظــراً عن الكفارة فبقي النقصان عــن غير الكفارة فِي النصف الباقي.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا أداء قبل الملك، وإنما مَلَكَه ناقصاً، فِي الْمَسْــأَلَةِ الْأُولَى أَعْتَقَ نصفــه وَهُوَ مالــك يَوْمَئِذٍ للنصف الآخر فوقع الْأَوَّل عــن الكفارة فجعل النقصان الثَّانِي واقعاً عن الكفارة.

أَلَا تَرَى أَنَّ النص أوجب تحرير الرقبة مِنْ غَيْرِ تعرضٍ لجمعٍ وَلَا تفريقٍ.

---

(١) فِي ب

٣٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يُلَاعِنُ امْرَأَتَهُ؛ قَالَ: لَا يَكُونَ فُرْقَةً حَتَّى يُفرّق القَاضِي. فإن فرّق القَاضِي فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ، وَهُوَ خَاطِبٌ مِنْ الخُطَّابِ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَـهُ، وجُلدَ الحَدَّ، وَهُوَ قَوْلُ محمّد ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدَاً.

وأصل ذَلِكَ: أنَّ اللعان شـهادات مؤكـدات بالأيمان موثقة باللعن والغضب، قائمـة مقام حد القذف من جانب الـزَّوْج وحد الزنا من جانب الْمَرْأَة، وسـببه: هُوَ القذف الموجب للحد فِي حق الأجانب، وأهليته: أهلية الشهادات، وشرطه: النكاح.

أَلَا تَرَى أَنَّ الله تَعَالَى قَالَ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ﴾ [النور: ٦]، فذكر الرمي ورتب عَلَيْهِ العجز عن البينة مثل ذكره فِي فصل الحد، وجعل قولَهُ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]، جزاء بِمَنْزِلَةِ قولَهُ ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: ٤]، فأوجب الشـهادة حَتَّى لَا يسعُ تركها وجعل ذَلِكَ خلفاً عن الحـد لقولَهُ: ﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ﴾ [النور: ٨]، وشـرع ذَلِكَ فِي الزوجية، وحكم اللعان حرمة الاستمتاع كما فرغا مـن اللعان مِنْ غَيْرِ حكم القَاضِي، وَهَـذَا منصوصٌ عن محمَّد ﵀ ذكره فِي المنتقـى، حَتَّـى يمنعان من الاسـتمتاع إِلَّا أن تبطل بالإكـذاب وَذَلِكَ أثر التلاعن والغضب مثل ما يُثبت إِذَا أَسْـلَمَ أحد الزوجين والتفريق إنما يجب بناء عَلَى هَذَا، وَإِنَّمَا ثبتت حرمة الاسـتمتاع بإشـارة الْكِتَـاب من اللعنة والغضـب لِأَنَّ أحدهما واجب لَا محالة بالنص وبالسنة، قَالَ النَّبي ﷺ: (الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا)(١).

(١) رواه ابن أبي شيبة فِي المصنف برقم/ ١٧٦٦٥/، وأَبُو حَنِيفَةَ فِي مسنده برقم/ ٢٠٣/.

والاجتمــاع من صفات الفعل فيثبت بِهِ حرمة الاســتمتاع لَا غير، وَإِنَّمَا ثبت بصفــة التلاعن فَلَا يجب إثباته عند انقطاع التلاعــن بالإكذاب، ثُمَّ التفريق وجب لفوات ثمرات النكاح بناء عَلَى هَذَا كَمَا فِي إسلام أحد الزوجين، ووجب أَنْ يَكُونَ طلاقاً.

وَقَالَ أَبُو يُوسُــفَ ﷺ: بَلْ يكون تحريماً مؤبداً بظاهر الســنة، ولأَنَّ الزوجين اشتركا فِيهِ فَلَمْ يصلح طلاقاً، وصار فوت الثمرات بحكم اللعنة الَّتِي لَا تزول مؤبداً بخلاف مسألة الْإِسْلَام، وَلَهُما: أَنَّ النص لَمْ يوجب إِلَّا تحريم الاجتماع، وَلَا يزيد عَلَيْــهِ، وَإِنَّمَا ثبت ذَلِكَ مضافاً إِلَــى الزَّوْج فَهُوَ البادي بلا حجة، وَأَمَّا الْمَرْأَة فدافعة مضطرة.

أَلَا تَرَى أَنَّا قلنا: إِنَّ ميراثها لَا يبطل لخصومتها إِذَا كَانَ الزَّوْج مريضاً؟

ولما أضيــف إِلَيْهِ وجب عَلَى القَاضِي أن ينوب عَنْــهُ بالطَّلَاق البائن كما فِي الإيلاء، وبقي مع ذَلِكَ أَثر التلاعن كما بقي حكم الإيلاء بنقضه وَهُوَ الحنث فبقي أَثــر التلاعن إِلَّا بِمَا يرفعــه وَهُوَ الإكذاب، فَإِذَا أكذب الــزَّوْج أوقع اللعان فوجب الجلد تفرقة عند ارتفاع الخلف قبل انتهائه وصار خاطباً.

٣٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُــوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَــةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَــرَ رَجُلاً أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجَهُ امْرَأَتَينِ؛ قَالَ: لَا يَلْزَمُهُ وَاحِدَة مِنْهُمَا.

لِأَنَّهُ لَا ســبيل إِلَى أن يلزمه إحداهما بِعَيْنِهَا مِنْ غَيْرِ دلالة التعيين، وَلَا ســبيل إِلَــى إلزامهــا إِلَّا أن يجيزه، وَلَا ســبيل إِلَى إيجاب إحداهما مِنْ غَيْــرِ عينٍ، لِأَنَّ مَا

لَا يقبل التعليق بالشـرط لَا يصح إيجابه فِي غَيْرِ العين لِأَنَّـهُ بِمَنْزِلَةِ المعلق بالبيان والنكاح لَا يحتمل التعليق.

٣٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي امـرأةٍ قَالَتْ لِزَوجِهَا: طَلِّقْـنِي ثَلَاثاً عَلَى أَلْـفِ دِرْهَم؛ فَقَالَ لَهَـا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِـدَةً، قَالَ: هِيَ طالقٌ وَاحِدَة يَمْلِك الرَّجْعَة بِغَيْرِ شيء. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: هِيَ طالقٌ وَاحِدَة بائنة بِثُلُثِ الأَلْفِ.

وجه قولَهُما: إنَّ كلمة (عَلَى) فِي المعاوضات بِمَنْزِلَةِ (الباء) فِي العادات، لَا فرق بين قول القائل لآخر (احمل هَذَا المتاع) إِلَى منزلي بدرهم، وبين قولَهُ (عَلَى دِرْهَـم) وَكَذَلِكَ فِـي البيع، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ إنَّ كلمة (عَلَى) بمعنى الشـرط، لِأَنَّ أصلها اللزوم فاستعيرت للشرط لِأَنَّهُ يلازم الجزاء.

قَالَ الله تَعَالَى حكاية عن موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَقَالَ مُوسَىٰ يَٰفِرۡعَوۡنُ إِنِّي رَسُولٞ مِّن رَّبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ١٠٤ حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلۡحَقَّ﴾ [الأعـراف: ١٠٤-١٠٥]، أي بهذا الشرط الَّذِي أرسلني.

وَقَـالَ: ﴿يُبَايِعۡنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشۡرِكۡنَ بِٱللَّهِ شَيۡـٔٗا﴾ [الممتحنـة: ١٢]، فصارت طالبة للثـلاث بألف بكلمة هِيَ للشـرط فَصَـارَ كل واحد مِنْهُمَا شـرطاً لصاحبه، وصار بحكم الاتحاد، دخولَهَا عَلَى الْمَال مثل دخولَهَا عَلَى الطَّلَاق.

ثُمَّ ذكر مسالة الباء إِذَا قالت: (طلقني ثَلَاثاً بِأَلْفِ دِرْهَم) فَطَلَّقَهَا وَاحِدَة وَقَعَتْ

[وَاحِدَة][1] بثلث الألـف بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّهَا لما طلبت الثلث فَقَدْ طلبت كل وَاحِدَة بثلـث الألف لَا تعلق للبعض بالبعض، كرجل قَالَ لآخر: (بِعْ هؤلاء العبيد الثلاثة بِألفِ دِرْهَم) فإن بَاعَ الواحد بثلث الألف صحَّ.

٣٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِـقٌ ثَلَاثاً عَلَى أَلْـفِ دِرْهَم عَلَى أني بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّـامٍ؛ فَقَالَتْ: قَبِلتُ؛ قَالَ: الطَّلاقُ وَاقِعٌ وَالخِيارُ بَاطِلٌ.

لِأَنَّ هَـذَا الكـلام يمين من قبل الزَّوْج فِي المعنى حَتَّـى لَا يَصحُ رجوعه عَنْهُ فَلَمْ يحتمل خيار الشرط، لِأَنَّهُ مشروعٌ لمنع الحكم بعد صحة الإيجاب، وأثره فِي الفسخ بعد صحة الإيجاب، واليمين لَا يحتمل شَيْئاً من ذَلِكَ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٣٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِـقٌ ثَلَاثاً عَلَى أَلْفِ دِرْهَم عَلَى أَنَّـكِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ؛ فَقَالَتْ: قَبِلتُ، قَالَ: إِنْ رَدَّتْ الطَّـلَاقَ فِي الثَّلاثَـةِ الأَيَّامِ بَطَـلَ الطَّلاقُ، وَإِنَ اخْتَـارَتْ الطَّلَاقَ فِي الثَّلَاثَـةِ الأَيَّامِ فَالطَّلاقُ وَاقِعٌ، وَالأَلْفُ وَاجِبَةٌ [مَاضِيةٌ][2] لِلزَّوجِ. وَأَمَّا فِي قول

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ: فالطَّلاق واقع فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً، والمال لازمٌ، والخيار باطلٌ.

وجه قولَهُما: أنَّ قبولَهَا شرط لليمين فَلَا يحتمل الخيار كسائر الشروط، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ جانبها يشبه البيع لِأَنَّهُ تمليك مال بعوض.

أَلَا تَرَى أنها لو رجعت صحَّ؟ وَلَوْ قامت بطل كما فِي البيع، فَلَا يتوقف عَلَى ما وراء المجلس، وَإِنَّمَا جَعَلَ ذَلِكَ شرطاً فِي حق الزَّوْج، فأمَّا فِي نفسه فتمليك مال جَعَلَ شرطاً بهذا الوصف، كرجل قَالَ لآخر: إن بعتك هَذَا العَبْد بكذا فعبدي هَذَا الآخر حر، أَنَّهُ معلق بالمعاوضة، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ ثبت فِيهِ الخيار، فَإِذَا بطل بحكم الخيار[1] بطل كونه شرطاً، لِأَنَّ كونه شرطاً قائم بهذا الوصف وَهُوَ أَنَّهُ تمليك مال، ثُمَّ ذكر مسألة النكاح بشرط الخيار ثَلَاثَة أيام.

بيانه قَالَ لِامْرَأَةٍ: زوجيني نفسك عَلَى أَلْفِ دِرْهَم عَلَى أنك بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ أَوْ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ، قَالَ: النكاح جائز، والخيار باطل، لِأَنَّ الشرع جوز النكاح وألزمه مع الهزل، وَذَلِكَ فَوْق شرط الخيار ثَلَاثاً فِي إعدام الرضا وإفساد البيع وإبطاله، فلأن لَا يعمل فِيهِ شرط الخيار وَلَا يفسده أحق، وَهَذَا لِأَنَّ الخيار أثره فِي إيجاب الفسخ بعد تمام الإيجاب، والنكاح لَا يحتمله.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يحتمل الإقالة؟ وإيجاب الْمَال فِيهِ تابعٌ غير مقصود بِنَفْسِهِ فَلَمْ يُجعل مفرداً بحكمه بخلاف جانب الْمَال فِي الخلع عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، [وَهَذَا عندنا، وعند الشافعي ﷺ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يحصل هَذَا النكاح متعة][2].

---

(١) أَوْ بطل حق المعاوضة. حاشية أ

(٢) فِي ب

وذَكَرَ مسـألة الكتابة بشـرط الخيار ثَلَاثَة أيام أَنَّهُ جائز، والخيار صحيحٌ لِأَنَّهُ عقدٌ لازمٌ محتملٌ للفسخ بالإقالة، فَصَارَ مثل البيع سواء.

والعقود ثَلَاثَة: لازمٌ لَا يحتمل الخيار، لِأَنَّهُ لَا يحتمل الفسـخ، وغير لازمٍ لَا يليق بِهِ الخيار كالوكالة، ولازم يحتمل الفسخ، وَإِنَّمَا شُرع الخيار فِي هَذَا القسم.

٣٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ مِنْ رَجُلٍ بِعَـشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَشَرَةُ آلَافٍ؛ أَوْ زَوَّجَ ابْنَهُ وَهُوَ صَغِـيرٌ امْرَأَةً بِعَـشْرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَـشَرَةُ دَرَاهِمَ؛ قَالَ: هُوَ جَائِزٌ. وَقَـالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ إِلَّا أن يحط مِنْ مَهْـرِ مِثْلِهَا مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ أَوْ يزيد عَلَى الصَّغِير فِي مَهْرِ المِثْلِ مَا يُتَغَابَنُ النَّاس فِيهِ.

وجـه قولَهُما: إنَّ تصرف الإنسـان بطريق الولاية عَلَى الصغـار لَا يثبت إِلَّا بشـرط النظر بِالْإِجْمَاعِ، وَلَيْـسَ من النظر إيجاب الْمَـال أَوْ إبطاله مِنْ غَيْرِ عوض معلـوم، كسـائر الأولياء إِذَا فعلوا ذَلِـكَ كما فِي باب البيع، ولأَبِـي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ هَذَا حط ببدل فصح، كحط بعض الثَّمَن بسـبب العيب، وإنما قلنا هَذَا لِأَنَّ الظاهر المعـروف مـن حال الآباء النظـر، وَأَنْ لَا يختـاروا الحط أَوْ الزيـادة إِلَّا لرغبة لَمْ يتوصلـوا إليها إِلَّا بِمَا صنعـوا، والتهمة والتوفيـر كله أَمَرَ باطن فيبنـي ذَلِكَ عَلَى السـبب الداعي إِلَـى النظر والبخس، وَهُوَ قرب القرابة وبعدهـا، وَهَذَا فِي النكاح الَّـذِي هُوَ عقد سـنة وديانة، فأَمَّا فِـي الْمَال فَلَا يعتبر إِلَّا الماليـة والقيمة، حَتَّى لو عُرف من الأب سوء الاختيار مجانة أَوْ فِسقاً كَانَ عقده باطلاً فِي هَذَا البَابِ.

ونصَّ عَلَى أنَّ النكاح باطل عندهما، وَكَذَلِكَ من الأخ والعم فِي هَذَا الموضع العقد يبطل من الأصل، لِأَنَّ الولاية مقيدة بهذا الشـرط، فعند فوات الشـرط يبطل العقـد كالمأمـور بالعقد بشـرط يبطل عقده إِذَا عُدم شـرطه، وكمـا فِي بيع الأب والوصي بغبن فاحش.

٣٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ما لَمْ أُطَلِّقْكِ؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ سَـاعَةَ سَـكَتَ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: مَتَى لَمْ أُطَلِّقْكِ.

لِأَنَّ كلمة (ما) تسـتعمل عبارة عن الْوَقْت، كقولَهُ ﴿مَادُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم: ٣١] يراد بِهِ وقت الحياة، وَهَذَا موضع الْوَقْت، فَصَارَ الطَّلَاق مضافاً إِلَى وقت خالٍ عن الطَّلَاق، وَقَدْ وجد كما سكت، وَكَذَلِكَ (مَتَى) من أسماء الزمان أَيْضاً.

٣٣٢- وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: (أَنْتِ طَالِقٌ إن لَمْ أطلقـك) أَنَّها لَا تطلق حَتَّى يموت، فَإِذَا مَاتَ طلقت، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (إِذَا لَمْ أطلقك)، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا لَمْ أطلقك بِمَنْزِلَةِ مَتَى لَمْ أطلقك.

أَمَّا وجه المسألة الْأُولَى: فلأنَّ كلمة (إنْ) للشرط، والطَّلاق معلقٌ بعدم فعل الطَّـلاق، وَلَا يثبت العدم إِلَّا باليأس عن الحياة، كمـا إِذَا قَالَ: (إن لَمْ أَدْخلَ الدار فأنْـتِ طَالِقٌ) أَوْ (إن لَمْ آت الْبَصْرَة) فَإِذَا انتهى إِلَى الموت فَقَدْ وقع اليأس، فوجد الشـرط، والمحل قابل والملك باق فوقع، وَلَمْ يذكر موت الْمَرْأَة هاهنا، وذكر فِي الأصـل موت الْمَرْأَة أنه مثل موته، وَقَالَ بعض مشـايخنا: هَذَا الجواب دليلٌ عَلَى

أَنَّـهُ لَا يقع فِي موتهـا، لِأَنَّ اليأس لَا يقع بموتها إِلَّا بتمام الموت، فيوجد الشـرط عند انقضاء محل الطَّلاق، فأمَّا إِذَا أشـرف الزَّوْج عَلَى الموت فَقَدْ وجد الشـرط، والمحل قائمٌ، والملك باقٍ، وَلَيْسَ من شرط لزوم الجزاء التكلم وَلَا القدرة عَلَيْهِ.

والصحيح أنَّ جواب هَذَا الْكِتَاب ساكت، وَأَنْ موتهما سواء، لِأَنَّ الْمَرْأَة إِذَا أشـرفت عَلَى الموت يبقي من حياتها مَا لَا يسـع لصيغة التكلم بالطَّلاق، وَذَلِكَ القـدر من الزمـان صالح الوقوع المعلق لِأَنَّهُ يَسْـتَغْنِي عن زمـان التكلم فيوجد الشـرط والملك قائم، والمحل باق، ووجه قولَهُما فِي المسألة الأُخْرَى أنّ (إِذَا) للوقت.

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ لَا يجازى بِهَا، قَـالَ الله تَعَالَى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ [المنافقـون: ٤]، وَلَـمْ يجزم بِهَا أحد من القراء، فكانت كسـائر أسـماء الزمان، وكما فِي كلمة (مَتَى)، وَهَذَا أولى لِأَنَّ (مَتَى) يجازى بِهَا، ومع ذَلِكَ لَمْ تُجعل شرطاً فهذا أولى، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ كلمة (إِذَا) قَدْ تسـتعمل شـرطاً خالصاً هَذَا مذهب أَهْل الْكُوفَة.

وَاحْتَجَّ الفراء[١] لذلك بقول الشاعر[٢]:

---

(١) الفراء (١٤٤ - ٢٠٧هـ) يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي، مولى بني أسـد (أَوْ بنـي منقر) أبو زكريـاء، المعروف بالفراء: إمام الكوفيين، وأعلمهـم بالنحو واللغة وفنون الادب، كَانَ يقـال: الفراء أميـر المؤمنين فِي النحو، ومن كلام ثعلب: لولا الفراء ما كَانَتْ اللغة، ولد بالكوفة، وانتقل إِلَى بغداد، وعهد إِلَيْهِ المأمون بتربية ابينه، فَكَانَ أكثر مقامه بِهَا، فَـإِذَا جاء آخر السـنة انصرف إِلَى الْكُوفَة فأقام أَرْبَعِيـنَ يوما فِي أهله يوزع عَلَيْهِم ما جمعه ويبرهم، وتوفي فِي طريق مكة، وكان مع تقدمه فِي اللغة فقيها متكلما، عالما بأيام العرب وأخبارها. بغية الوعاة٢/ ٣٣٣، ووفيات الأعيان ٦/ ١٧٦.

(٢) قيل هُوَ عبد قيس بن خفاف البرجميّ، وَهَذَا البيت من قصيدته الَّتِي مطلعها: =

واسْـتَغْنِ مـا أَغْناكَ رَبُّـكَ بالغِنَى   وإِذَا تُصِبْـك خَصاصَـةٌ فَتَجَمَّـلِ

وَإِذا ثبت هَذَا قلنا وقع الشك فِي الطَّلاق للحال فَلَا يقع إِلَّا بيقين.

وَلَا يُلـزم رجل قَالَ لِامْرَأتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ (إِذَا شـئت) أَنَّـهُ لَا يبطل بالقيام عن المجلس، مثل (مَتَى شـئت) لِأَنَّ المشـيئة قَدْ ثبتت فَلَا تبطل بالشـك، ولأَنَّها لما استعملت عَلَى الشبهين اعتبرنا فِي التملك معنى الْوَقْت، لِأَنَّهُ أشبه بِهِ، وَفِي التعليق معنى الشرط لِأَنَّهُ أشبه بِهِ.

وَلَا يلـزم قولَـهُ (أَنْتِ طَالِقٌ حيـن لَمْ أطلقك) أنه يقع للحـال، فإن اختلاف اسـتعمال هَـذِهِ الكلمة فِي المـدة، لِأَنَّ ذَلِكَ مضـاف إِلَى الماضـي فجعل إيقاعاً للحال، وَلَوْ قَالَ: (حين لَا أطلقك) لَا يقع إِلَّا بمضي سـتة أشهر، وَلَا يتوقف عَلَى الْوَقْت المديد لِأَنَّهُ غير متعارف.

٣٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأتِهِ: ما لَمْ أطلقـك أَنْتِ طَالِقٌ[١]، مَوصُولاً بِهِ؛ أَنَّ ذَلِكَ الْمُضَافُ لَا يَقَعُ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (مَتَى لَمْ أطلقك أَنْتِ طَالِقٌ).

لِأَنَّ الْوَقْت الخالي عن الطَّلاق لَمْ يوجد بعد الْيَمِين بَلْ وجد شرط البر، وَفِي القياس يقع للفصل بين الكلامين، وَإِنَّ قل، وَهَذَا قياسٌ مهجورٌ.

= أجبيـلُ إنَّ أبـاكَ كـارب يـومـهُ   فَـإذا دعيـتَ إلَـى العظائـم فاعجـلِ

وَفِي شرح الكافية الشافية لابن مالك نسب هَذَا البيت للفراء.

(١) فِي الأصل: أَنْتِ طَالِقٌ ما لَمْ أطلقك أَنْتِ طَالِقٌ.

وَهِيَ فرع مسألة من حَلَفَ لَا أسكن هَذِهِ الدار [وَهُوَ ساكنها][1] فأخذ فِي الانتقال، [قَالَ فِي القياس يحنث، لِأَنَّهُ وجد سكنى الدار ساعة][2].

٣٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَمْرُكِ بِيدِكِ الْيَوْم، وَبَعْدَ غَدٍ، فَرَدَّتْ أَمْرُهَا الْيَوْم؛ قَالَ: بطل ذَلِكَ، وَلَهَا الْأَمْرُ مِنْ بَعْدِ الغَدِ.

قَالَ: وَإِنَ لَمْ تردّ فلها الأمر فِي الْيَوْم، وبعد الغد، وَلَا يدخل فِيهِ اللَّيْل، لِأَنَّ الأمر إِنَّمَا ثبت لَهَا فِي وقتين منفصلين لَا يصلح أن يجعلا وقتاً واحداً لتخلل ما يوجب الفصل، فَإِذَا اختلفت المدة مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لَمْ يَصِحَّ القول بإيجاد الأمر.

فإبطال أحدهما لَا يتعدى إِلَى الآخر، بخلاف قولَهُ: (الْيَوْم وغداً) فَإِنَّهُ أمرٌ واحدٌ إِذَا ردته فِي الْيَوْم لَمْ يبق فِي الغد، لِأَنَّ تخلل اللَّيْل لَا يجعلها مدتين من قِبَل أن القوم يجلسون للمشورة فيهجمهم اللَّيْل فَلَا ينقطع بِهِ مشورتهم ومجلسهم، فأمَّا الْيَوْم والليلة فَلَا بد من أن يقع بهما الفصل، فاتحد الأمر فِي هَذِهِ المسألة، وَلَا يدخل اللَّيْل، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من اليومين ذكر منفرداً، واليوم المنفرد لَا يتناول اللَّيْل فِي اللغة.

٣٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

طَالِقٌ كَمْ شِئْتِ، أَوْ مَا شِئْتِ؛ قَالَ: إِنْ شَاءَتْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَة أَوْ ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثَاً مَا لَمْ تَقُمْ مِنَ الْمَجْلِسِ، أَوْ تَأْخُذُ فِي عَمَلٍ آخَرَ أَوْ كَلَامٍ آخَرَ. فَإِنْ رَدَّتْ كَانَ رَدُّهَا رَدّاً.

لِأَنَّ كلمة (كم) للعدد، يقال: كم درهماً لك؟ ولما كَانَ كَذَلِكَ صَارَتْ المشيئة واقعة فِي نفس تعيين الواقع، لِأَنَّ العدد هُوَ الواقع مقتضى أَوْ مذكوراً فتعلق أصله بالمشيئة، ولما كَانَتْ هَذِهِ الكلمة موضوعة للعدد مِنْ غَيْرِ تعيين صَارَتْ عامة، فلها إن شاءت الواحدة والثِنْتَيْنِ والثلاث، وَإِنَ قامت عن المجلس أَوْ قطعت بكلام أَوْ عمل لَمْ يقع شيء.

وَكَذَلِـكَ قولَهُ: (ما شـئتِ) اسـم للواقع عـام، لِأَنَّهُ جعله مفعولَ المشـيئة، ومفعولُ المشيئة هُوَ الواقع لَا محالة.

٣٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شِـئْتِ أَوْ إِذَا مَا شِـئْتِ أَوْ مَتَى شِـئْتِ أَوْ مَتَى مَا شِئْتِ؛ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَة.

وَإِنَ قامت عن مجلسـها أَوْ أخذت فِي عمل آخر أَوْ كلام آخر، فَلَيْسَ لَهَا أن تطلق نفسـها إِلَّا وَاحِـدَة، وَإِنَ ردت لَمْ يَكُنْ ردها رداً، وَلَهُا أن تطلق نفسـها بعد ذَلِكَ، وَقَدْ سـبق الفرق بين هَذِهِ وبين مسـألة الخلاف لأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَلَيْسَ لَهَا أن تطلق نفسـها إِلَّا وَاحِدَة، لِأَنَّ الواقع هاهنا ثبت اقتضاءً لَا ذكراً بخلاف مسـألة (كم) و(ما).

٣٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ كُلَّمَا شِئْتِ؛ قَالَ: لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَإِنْ قَامَتْ مِنْ مَجْلِسِهَا أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ أَوْ كَلَامٍ آخَرَ، وَاحِدَة بَعْدَ وَاحِدَة حَتَّى تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثاً، ثُمَّ انْقَطَعَ الطَّلَاقُ.

فإن تَزَوَّجَهَا بَعْدُ زوج آخر لَمْ يقع عَلَيْهَا شيء مِنْ بَعْدِ، وَلَيْسَ لَهَا أن تطلق نفسها ثَلَاثاً بكلمةٍ وَاحِدَة، لِأَنَّ الطَّلاق فِي هَذِهِ المسألة معلقٌ بشرطٍ مكررٍ عَلَى سبيل التمليك، فيُكرر بِذَلِكَ الوصف، كما لو علق بشرط آخر بصفة التكرار، فَإِذَا قامت عن المجلس بطل المتصور فِي ذَلِكَ المحل، إِلَّا أن لَهَا مشيئة أُخْرَى، وَكَذَلِكَ لو شاءت طلاقاً، حدثت لَهَا مشيئة أُخْرَى.

وَإِذا شاءت الثَّلَاث جملة لَمْ تصح، لِأَنَّهُ إِنَّمَا فوض لَهَا الواحدة فِي كل مشيئة، فَإِذَا شاءت الثَّلَاث لَمْ يقع شيء عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، ووقعت وَاحِدَة عندهما، وَإِذا حَرُمت بالثلاث بطل التعليق أصلاً.

٣٣٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفْسَكِ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ، وَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا.

وَإِنَ قامت عن مجلسها بطل الأمر، وَلَمْ يكن لَهَا أن تطلق نفسها بعد ذَلِكَ.

٣٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِرَجُلٍ طَلِّقْ

امْرَأَتِي، قَالَ: لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ وَيَنْهَاهُ. فإن قَامَ عَنْ مَجْلِسِـهِ فَلَهُ أَنْ يُطَلِقَ بَعْدَ ذَلِكَ إن لَمْ يَنْهَهُ، وَلَوْ قَالَ: طَلِّقْ امْرَأَتِي إِنْ شِـئْتَ فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ عن هَذَا، وَلَوْ قَامَ عَنْ مَجْلِسِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَ بَعْدَ ذَلِكَ. أَمَّا إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفْسَكِ أَوْ طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ شِئْتِ فَإِنَّهُ لازمٌ، ومؤقتٌ بِالْمَجْلِسِ.

وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: غير لازم لِأَنَّهُ توكيلٌ، وَكَذَلِكَ قولَهُ: (إن شئتِ) لِأَنَّهُ لغوٌ من قِبلِ أنَّها تتصرف بمشـيئتها، ذكره أَوْ لَمْ يذكره، وَقَالَ مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ مؤبدٌ لِأَنَّهُ مطلق لَا وقت لَهُ تمليكاً كَانَ أَوْ توكيلاً.

ولنا: أنَّ الصحابة أجمعوا فِي المخيرة أنَّ لَهَا مجلس العلم، والتعليق بالمشيئة والتخيير سـواء، وَهَذَا لِأَنَّ التعليق بالمشـيئة تمليكٌ من جهة الَّذِي علق وَلَا ولاية للمِلك، فيقتضي جواباً وقبولاً.

وجوابـه إِنَّمَا يكون موصـولاً، إِلَّا أنَّا إنما جعلنا التأخير إِلَـى آخَرَ المجلس عفـواً ليتمكن من النظر، فبطل دعوى التأبيد كجواب البيع، وفيه تعليق بالشـرط، وَذَلِكَ لازمٌ لَا يحتمل الفسـخ كالتعليق بسائر الشروط فثبت اللزوم بمعنى الْيَمِين، والاقتصار عَلَى المجلس بمعنى التمليك.

وَأَمَّـا قولَهُ: (طلقي نفسـك) فَإِنَّهُ محمول عَلَـى التمليك أَيْضاً، لِأَنَّ تفسـير الْوَكَالَـة أن يتصـرف المرء لغيره فَلَمْ يكن متصرفاً لِنَفْسِـهِ، والْمَـرْأَة إِنَّمَا ترفع عن نفسـها قيد النكاح، ومن رفع عن نفسـه قيداً لغيره لَمْ يَكُنْ متصرفاً فِي القيد لغيره، وَإِنَّمَا يتصرف لِنَفْسِـهِ فِي الإطلاق، وَإِذا كَانَتْ متصرفة لنفسـها بطل معنى الْوَكَالَة وصار بِمَنْزِلَةِ قولَهُ: (طلقي نفسك إن شئت).

وَأَمَّا إِذَا قَالَ لأجنبي: (طلق امرأتي) كَانَ توكيلاً، لِأَنَّ الزَّوْج قَدْ رأى ذَلِكَ مصلحة لِنَفْسِهِ، وفوض إِلَيْهِ إقامته، وَهَذَا حد الْوَكَالَة، بخلاف الْمَرْأَة، لِأَنَّ لَهَا رأياً فِي ذَلِكَ، فَلَمْ يكن بمعنى التوكيل.

فأمَّا إِذَا قَالَ لَهُ: (طَلِّقْهَا إن شئت) كَانَ تمليكاً عندنا، خلافاً لزفر ﵀، قَالَ: لِأَنَّ هَذَا لما وضع موضع الْوَكَالَة لَمْ يصر تمليكاً بذكر المشيئة، لِأَنَّ ذَلِكَ ثابت مِنْ غَيْرِ شرط وَهُوَ كالوكيل بِالْبَيْعِ لَا يخرج عن حد الْوَكَالَة بذكر المشيئة.

والجواب: أنَّ التمليك إنما يثبت حكماً أَوْ شرطاً، وَفِي الْمَرْأَة وجد الوجهان جَمِيْعَاً إِنْ قَالَ لَهَا: (إن شئت) فَقَدْ أتى بصريح التمليك، وَإِنَ لَمْ يذكره يفيد معنى التمليك لِأَنَّهَا لَا تصلح للوكالة.

وَفِي مسألتنا الرَّجُل الأجنبي يصلح للوكالة، ويصلح للتمليك، فإن صرح بالتمليك جَعَلَ تمليكاً، وإلا فَلَا، لِأَنَّ حاله لَا يدل عَلَى المِلك بخلاف البيع لِأَنَّهُ لَا يحتمل التعليق بالشرط، وبهذا الوصف يصير لازماً.

وقولَهُ إِنَّها تتصرف أَبَدَاً عن مشيئة واختيار، فغير صحيحٍ، لأنَّا إِنَّمَا نحتاج إِلَى تمليكٍ ثابتٍ بالزوج، وَذَلِكَ بمشيئة يوجبها هُوَ.

٣٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً؛ قَالَ: هِيَ طَالِقٌ تَطلِيقَةً بَائِنَةً.

لِأَنَّ شدة الشيء وقوته بأن لَا يحتمل الاعتراض عَلَيْهِ ببعض حكمه بوجه، والرجعي يحتمل ذَلِكَ، والطول والعرض عبارة عن الكمال والقوة أَيْضاً، قَالَ:

وَلَوْ قَالَ لَهَا: (أَنْتِ طَالِقٌ من هنا إِلَى الشام) فَهِيَ رجعية، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: هِيَ بائنة، لِأَنَّ هَذَا يرجع إِلَى الطول والعرض.

ولنا أنَّ هَذَا وصف بالقصر لِأَنَّهُ مَتَى وقع امتد إِلَى الأماكن كلها.

٣٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ بَائِنٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِي ثَلَاثاً فَيَكُونُ ثَلَاثاً.

أَمَّا البينونة فَلَمَّا ذكرنا أنَّ شـدة الطَّلاق فِيهَا الإبانة[1]، وَأَمَّا الثَّلَاث فلأَنَّه ذكر المصدر، وَلَوْ ذكره مِنْ غَيْرِ وصف بالشدة لاحتمل الثَّلَاث فهذا أولى.

٣٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتِ؛ قَالَ: هِيَ طالقٌ تَطْليقَةً تُملكُ بِمِلِكِ الرَّجْعَة.

فَإِنْ قَالَت: قَدْ شـئت وَاحِدَة بائنةً أَوْ ثَلَاثاً، وَقَالَ الزَّوْج: نويت ذَلِكَ فَهُوَ كما قَالَ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ [ومحمَّد][2] ﷺ: لَا يقع شيء إِلَّا بمشيئتها، لِأَنَّ الطَّلاق تصرف شرعي يعرف بوصفه.

فَإِذَا تعلق وصفه بالمشـيئة تعلق أصله، كقولَهُ (حيث شئت)، و(أين شئت)، و(كم شـئت) و(ما شـئت)، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ المشـيئة إِنَّمَا دخلت عَلَى حال

(١) فِي الأصل: فِي الأيام

(٢) فِي ب

الطَّلاق فبقي أصله بلا مشـيئة فوقع، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ (كيف) وضعت للسـؤال عن الحال فِي اللغة.

والحـال نوعان: صفةٌ وعددٌ، فتعلق ذَلِكَ بالمشـيئة، والبيان فِيهِ للزوج، فإِنْ نَـوَى الإبانة وَقَدْ أبانت صحَّ، وإِنْ نَوَى العدد فَقَدْ وافقته أَيْضاً صحَّ، وَأَمَّا إِذَا قامت مِنْ غَيْرِ مشـيئة وَقَعَتْ وَاحِدَة رجعية، وعندهما: إِنْ شَـاءَ الـزَّوْج الثَّلَاث فأوقعت الثَّلَاث وَقَعَتْ، وَإِنَ أوقعت الثِنْتَيْنِ وَقَعَتْ ثِنْتَيْنِ، وَإِنَ أوقعت وَاحِدَة وَقَعَتْ وَاحِدَة، وَذَلِكَ رجعي كله غير الثَّلَاث، وَإِنْ شَاءَ الزَّوْج الواحدة فَإِنَّهَا أوقعت وَاحِدَة رجعية أَوْ بائنة صحت كما أوقعت، وَإِنَ أوقعت ثِنْتَيْنِ أَوْ ثلاث لَمْ تقع إِلَّا وَاحِدَة رجعية، وقولَهُما مذكور فِي الأصل.

٣٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ مِلء البِيْتِ؛ قَالَ: إِنْ نَوَى وَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وإِنْ نَوَى ثَلَاثَاً فَثَلَاثٌ.

لِأَنَّ مـلء البيت يحتمل القوة والطول والعرض، وَذَلِكَ فِي الإبانة، ويحتمل الكثرة أَيْضاً وَهُوَ الثَّلَاث.

فَلِذَلِكَ صحت نيته.

٣٤٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ: طَلَّقْتُـكِ أَمْسُ بِأَلْفِ دِرْهَم فَلَمْ تَقْبَلِي؛ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ: قَبِلْتُ، فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلَهُ،

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِآخَرَ: بِعْتُكَ هَذَا العَبْدَ أَمْسٌ بِأَلْفِ دِرْهَم فَلَمْ تَقْبَلْ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بَلْ قَبِلْتُ، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

لِأَنَّ الطَّلاق بمالٍ يمينٌ من جانب الزَّوْج عَلَى ما ذكرنا، والقبول شرط الحنث، فَإِذَا أَقَرَّ الزَّوْج باليمين لَمْ يَكُنْ إقراراً بشرط الحنث فَصَارَ القول قولَهُ.

فأمَّا البيع فإيجابٌ وقبولٌ لَا صحة لِأَحَدِهِمَا إِلَّا بصاحبه.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يتوقف عَلَيْهِ فِي المجلس، فَصَارَ الإقرار بِالْبَيْعِ إقراراً بِمَا لَا يتم إِلَّا بِهِ، فَإِذَا أنكره فَقَدْ رَجَعَ عن الَّذِي أَقَرَّ بِهِ.

٣٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاث الإِبْهَام وَالسَّبَّابَةِ وَالوسْطَى؛ قَالَ: هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً.

لِأَنَّ الإشارة بالأصابع يقوم مقام العدد فِي موضع الحاجة إِلَى العدد فِي السنة والعادة، قَالَ النَّبي ﷺ: (الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وخنس بأصابع يديه كلها يريد بِهِ ثَلَاثُونَ، ثُمَّ قَالَ: هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا وخنس إبهامه فِي الثالثة يريد بِهِ تسعاً وعِشْرِينَ)[1]، وَكَذَلِكَ فِي عادة النَّاس هَذَا متعارف بطريق الإشارة فقام مقام البيان باللسان.

(١) رواه البخاري بلفظ (الشهر هكذا وهكذا وخنس الإبهام فِي الثالثة) برقم/ ١٨٠٩/، وابن حبان برقم/ ٣٤٥٤/ وَقَالَ صحيح عَلَى شرطهما، والبزار فِي مسنده برقم/ ١١٨٢/، وكلهم بلفظ البخاري.

ودلت المسـألة عَلَى أنَّ الإشـارة إِنَّمَا تقع بالمنشـورة لَا بالمضمومة، وإليه أشـار فِي الأصل أَيْضاً، وأنَّه إِذَا نَـوَى المضمومتين فِي هَذَا لم يصدق فِي الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ خلاف العادة فِي موضع الإشـارة، وَقَدْ طعن بعض النَّاس فِي تسـمية السبابة، وقالوا: هَذَا اسمٌ جاهلي، وَإِنَّمَا إسمها الشرعي المُسبِّحَة.

والجـواب أَنَّهُ كتب فِي بعض النسـخ: (السـباحة) وَهِيَ من أسـمائها، وَأَمَّا السـبابة فَقَدْ وردت بالسـنة فِي حديث عبد الله بن عمر ﵄ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: (أَدْخَلَ السَّـبَّابَتَيْنِ في أُذُنَيْهِ فِي صِفَةِ الطَّهُورِ)[1]، وروي أَنَّهُ ﷺ: (أَمْسَـكَ السَّبَّابَةَ وَالْإِبْهَامَ لِلْأُذُنَيْـنِ)[2]، وَفِـي حديث محمَّـد بن الحنفية[3] فِي تفسـير دعاء التضرع يشـير

---

(١) رواه الدارقطني برقم/ ٥٠/ .

(٢) لفـظ الحديـث كما عند ابن حبـان فِي صحيحه (عن ابن عباس أن رسـول الله ﷺ توضأ فغـرف غرفة فغسـل وجهه ثمَّ غرف غرفة فغسـل يـده اليمنى ثمَّ غرف غرفة فغسـل يده اليسرى ثمَّ غرف غرفة فمسح برأسه وأذنيه داخلهما بالسبابتين وخالف بإبهاميه إِلَى ظاهر أذنيه فمسـح ظاهرهما وباطنهما ثمَّ غرف غرفة فغسـل رجله اليمنى ثمَّ غرف غرفة فغسل رجله اليسرى) برقم/ ١٠٨٦/ .

(٣) ابن الحنفية (٢١ – ٨١هـ) محمّد بن الامام علي بن أبي طالب عبد مناف بن عبد المطلب، شـيبة بن هاشم، عمرو بن عبد مناف بن قصي بن كلاب، القرشي الهاشمي، المدني، أخو الحسن والحسين.

وأمه من سبي اليمامة زمن أبي بكر الصديق، وَهِيَ خولة بنت جعفر الحنفية: ولد فِي العام الَّذِي مات فِيهِ أبو بكر.

ورأى عمر، وروى عَنْهُ، وعن أبيه، وأبي هريرة، وعثمّان، وعمار بن ياسر، ومعاوية، وغيرهم. حـدث عَنْهُ بنـوه، عبد الله، والحسـن، وإبراهيم، وعون، وسـالم بن أبـي الجعد، ومنذر الثـوري، وأبو جعفر الباقـر، وعبد الله بن محمّد بن عقيل، وعمرو بـن دينار، ومحمّد بن قيس بن مخرمة، وعبد الاعلى بن عامر الثعلبي، وآخرون. =

بالسبابة، ويعقد الوسطى والإبهام ويضم الخنصر والبنصر، ولأنَّ الأسماء الَّتِي هِيَ أعلام لَا يوجب تحقيق معانيها فِي المسميات بِالْإِجْمَاعِ.

٣٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵏ تَعَالَى، فِي تَرْتِيبِ الحَضَانَةِ.

وجملـة ذَلِكَ أنَّ الفُرقة مَتى وَقَعَتْ بيـن الزوجين وبينهما ولد صغير أنَّ الأمَّ أحق بِهِ حضانة وإمسـاكاً كما ذكرنا، فإن تزوجت أَوْ مَاتَت فأمُّ الأمِّ لِأَنَّ هَذَا الحق إِنَّمَـا ثبت للأمهات فصارت هَذِهِ أحق مـن أمِّ الأب، ثُمَّ أمُّ الأب، وَمَا دام أحدٌ من جانـب الأمِّ قائـمٌ فَهِيَ أحق بِهَا، وَإِنَ بعدت من أمِّ الأب، وَإِنَ مَاتَت أَوْ تزوجت أَوْ لَمْ يَكُنْ فأمُّ الأب، وَكَذَلِكَ من بعدت من هؤلاء بعد ذَلِكَ، ثُمَّ الأخت لأب وأمٍّ، ثُمَّ الأخت لأمٍّ، ثُمَّ الأخت لأب، فِي رواية: الخالة لأب وأمٍّ، أَوْ لأمٍّ، ثُمَّ الخالة لأب، وَفِي رواية: الخالة لأب وأمٍّ، أَوْ لأمٍّ مقدمة عَلَى الأخت لأب.

وَلَـمْ يذكر مسـألة الأخوات هاهنا، ثُـمَّ الخالة لأب وأمٍّ، ثُـمَّ الخالة لأمٍّ، ثُمَّ الخالـة لأب، ثُـمَّ العمَّة لأب وأمٍّ، ثُمَّ العمَّة لأمٍّ، ثُمَّ العمَّة لأب، ثُمَّ خالة الأمِّ لأب وأمٍّ، ثُمَّ لأمٍّ، ثُمَّ لأب، ثُمَّ خالة الأب لأب وأمٍّ، ثُمَّ لأُمٍّ، ثُمَّ لأب، ثُمَّ العمَّات كَذَلِكَ عَلَى هَذَا الترتيب، وأولاد الأخوات لأب وأمٍّ، أَوْ لأمٍّ أحق من الخالات والعمَّات.

والأخت لأمٍّ الْوَلَد عند الأمِّ، وأمُّ الأمِّ، وأمُّ الأب إِذَا كَانَ غلاماً حَتَّى يَسْتَغْنِي فيأكلَ وحده ويشرب ويلبس وحده.

= وَهُوَ أخو الحسـن والحسين، غير أن أمهما فاطمة الزهراء، وكان يقول: الحسن والحسين أفضـل منـي، وأنا أعلم مِنْهُمَا، كَانَ واسـع العلم، ورعاً، أسـود اللون، مولـده ووفاته فِي المدينة. وفيات الأعيان وسير أعلام النبلاء ٤/ ١١٠

وَفِي النوادر: ويَتَوضَأُ وحده، وَفِي بعضها: ويستنجي وحده، وَأَمَّا الْجَارِيَة فإلى أن تحيض، وعند الأخوات والخالات والعمَّات يستوي الغلام والجارية، والغاية فيهما فِي هؤلاء أن يستغنيا جَمِيْعَاً، لِأَنَّ الغلام إِذَا استغنى احتاج إِلَى آداب الرِّجَال، والرجال فِي ذَلِكَ أهدى فَصَارَ أولى، وَأَمَّا الْجَارِيَة فَإِنَّهَا تحتاج إِلَى آداب النِّسَاء، وَالنِّسَاء فِي ذَلِكَ أهدى غير أنَّ التأديب لَا يخلو عن الخدمة، وللأمَّهات حق الاستخدام، وَلَيْسَ ذَلِكَ للأخوات والعمَّات والخالات.

أَلَا تَرَى أن الأمَّ تؤاجر الصَّغِير فيصح للخدمة وَكَذَلِكَ الجدة؟

والكافرة مثل المسلمة فِي هَذَا الحق لِأَنَّهُ مبنيٌ عَلَى الشفقة، وهما فِي ذَلِكَ سواءٌ، وأمُّ الْوَلَد إِذَا أُعتقت مع الْمَوْلَى مثل الحرة الأصلية لما قلنا، وَإِذا وجب الانتزاع من النِّسَاء فإنما يُدفع إِلَى العصبة، فيقدم الأب، ثُمَّ الجد أب الأب، وَكَذَلِكَ الجد وَإِنَ علا أولى من الأخ فظاهر الجواب بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ مبنيٌ عَلَى الشفقة، ثُمَّ الأخ لأب وأمٍّ، ثُمَّ الأخ لأب، ثُمَّ ابن الأخ لأب وأمٍّ، ثُمَّ ابن الأخ لأب، وَكَذَلِكَ من سفل منهم، ثُمَّ العمُّ لأب وأمٍّ، ثُمَّ العمُّ لأب، وَأَمَّا أولاد الأعمام فَإِنَّهُ يُدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العمِّ لأب وأمٍّ، ثُمَّ بابن العمِّ لأب، وَأَمَّا الْجَارِيَة فَلَا يُدفع إليهم لأنَّهم غير محارمٍ فَلَا يصح الدفع إليهم.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تُدفع إِلَى الأخ لأمٍّ، ثُمَّ عَلَى ولده، ثُمَّ إِلَى العمِّ لأمٍّ، ثُمَّ إِلَى الخال لأب وأمٍّ، ثُمَّ لأب، ثُمَّ لأمٍّ، ويدفع الذكر إِلَى مولى العتاقة، وَلَا تدفع الأنثى، وَقَالَ: وَلَا خيار فِي هَذَا للغلام والجارية، لِأَنَّ هَذَا أمرٌ يدور مِنْهُ الضرر والنفع، والظاهر هوى مثله إِلَى من يساعده عَلَى هواه فَصَارَ باطلاً، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يجب التخيير، وروى فِي ذَلِكَ حديثاً، وَذَلِكَ محمولٌ عندنا عَلَى البالغ، وَلِأَنَّهُ روى

أَنَّ النَّبِـيَّ ﷺ لما خيره (قَالَ: اللَّهُمَّ اهده، فاختار الأمَّ فأمضاه)[١]، وَذَلِكَ معمول بِهِ عندنا إِذَا اختار من اختاره الشرع.

فأمَّـا إِذَا اختاره غيره فباطل، ثُمَّ الدليل عَلَى أنَّ حق الحضانة للأمِّ والجدة ما روي عـن النَّبـي ﷺ قَالَ للأم: (أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَـمْ تَتَزَوَّجِي)[٢]، ولما روي عن عمـر رضي الله عنه لمَّا خاصم أمَّ عاصمٍ لينتزع عاصمـاً بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فَقَالَ: يا عمر ريقها، وَفِي رواية (ريحها خير لَهُ من الشهد والعسل عِنْدِي)[٣].

٣٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِـقٌ كَأَلْفٍ؛ قَالَ: إِنْ نَوَى وَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وإِنْ نَوَى ثَلَاثَاً فَثَلَاثٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وجه ذَلِكَ أَنَّ التشبيه بألف يحتمل وجهين الشدة والقوة، والعدد والكثرة، فإِنْ نَوَى الْأَوَّل فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وإِنْ نَوَى الأخير فثلاثة، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ

---

(١) رواه الطحاوي فِي مشكل الآثار برقم/ ٢٦٢١/

(٢) رواه الدارقطني برقم/ ٢٢٠/ .

ورواه أبـو داود برقم/ ٢٢٧٨/ ، وأحمد برقم/ ٦٧٠٧/ والبيهقي فِي السـنن الكبرى برقم / ١٥٥٤١/ ، وأبو داود وأحمد والبيهقي بلفظ (أنتِ أحقُّ بِهِ ما لمْ تنكحي).

(٣) لفظ الحديث (عنْ سـعيدِ بنِ المسيّبِ أنَّ عمرَ بنَ الخطّابِ طلّقَ أمَّ عاصمٍ، ثمَّ أتى عَلَيْهَا، وَفِـي حجرهـا عاصمٌ، فأرادَ أنْ يأخـذهُ مِنْهَا، فتجاذبـاهُ بينهما حَتَّى بكى الغـلامُ، فانطلقا إِلَـى أبي بكرٍ فقالَ لهُ أبو بكرٍ يا عمرُ، مسـحها وحجرها وريحها خيرٌ لهُ مِنْكَ حَتَّى يشـبَّ الصّبيُّ فيختارَ). رواه ابن أبي شيبة برقم/ ١٩٤٦٤/ .

لَهُ نِيَّةٌ، فإنَّ الأدنى أولى، لِأَنَّهُ متيقن، قَالَ: وَلَوْ قَالَ لَهَا: (أنت حرةٌ) ينوي الطَّلاق، قَالَ: إِنْ نَوَى وَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وإِنْ نَوَى ثَلَاثاً فثلاث، وإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ عددٍ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وَكَذَلِكَ قولَهُ (اغرُبِي) لِأَنَّ فِي النكاح معنى الرق، فصح وصفها بالحرية لإرادته الطَّلاق ووجبت البينونة لِأَنَّهُ لَا حرية بالرجعي، وصحت بِهِ نية الثَّلَاث، لِأَنَّ التخلص من قيد النكاح يحتمل الكمال بالثلاث، والقصور بالواحدة، وَأَمَّا (اغربي) فعبارة عن البعد، وبُعدُ الْمَرْأَة عن الزَّوْج يحتمل الطَّلاق، فصحت النية، ثُمَّ البعد نوعان قاصرٌ وكاملٌ، فصحت النية أَيْضاً.

٣٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ لِأَمَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بائِنٌ يَنْوِي بِهِ العَتْقَ؛ قَالَ: بَاطِلٌ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (اغربي) ينوي بِهِ العتق فَهُوَ بَاطِلٌ، وَقَالَ الشافعي ﷺ: هُوَ صحيحٌ لِأَنَّهُ صريح فِي إزالة أحد المِلكين، فصلح كنايةً ومستعاراً لإزالة الآخر كالحرية، ولنا: أَنَّهُ صريحٌ فِي إزالة مِلك النكاح، فَلَا يصلح كنايةً فِي مِلْكِ الْيَمِين، كلفظ النكاح لَا يعمل فِي الشراء، وَهَذَا لما عُرف أن الإستعارة إِنَّمَا تصح باتصالِ بين الشيئين صورة أَوْ معنى، وَلَمْ يوجد، أَمَّا الصورة فبالسببية تكون وَلَمْ توجد، لِأَنَّ زوال ملك النكاح لَيْسَ بسبب لزوال ملك الرقبة بحال، وَأَمَّا المعنى فَلَيْسَ بين إيجاب العتق وإزالة القيد مشابهة، وبين التجويز والطَّلاق مناسبة، لِأَنَّ زوال مِلك الرقبة سبب لزوال مِلك الْمُتْعَة، وَلِذَلِكَ صحت الإستعارة، وقولَهُ لأمته: (أَنْتِ طَالِقٌ) من الخواص.

٣٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ يَنْوِي نِيتَيْنِ[1]؛ فَهُوَ بَاطِلٌ.

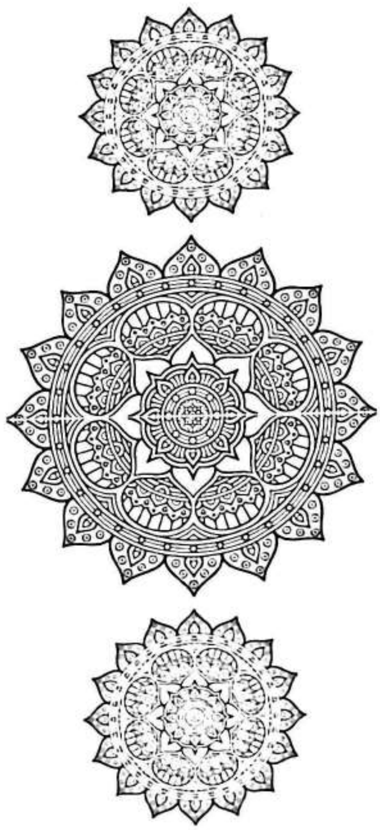
لما قلنا من قبل، إنَّ هَذِهِ كلمةٌ وَاحِدَة فَلَمْ يحتمل العدد، وصحت نية الثَّلَاث لِأَنَّهَا جامعةٌ لَا باعتبار العدد أَيْضاً، وعند زفر والشـافعي ﷺ: يصح نية الثِنْتَيْنِ كما تصح نية الثَّلَاث.

❁ ❁ ❁

(١) في د ثنتين

٦- كِتَابُ النِّكَاحِ(١)

(١) فِي ب: كِتَاب النكاح والطلاق، وزاد في (د) أيضاً



مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ: تزوج هَذِهِ الْمَرْأَة فتزوجها نِكَاحَاً فَاسِـدَاً فدخل بِهَا؛ قَالَ: عَلَيْهِ المَهْرُ يُبَاعُ رَقِيقُهُ مِنْهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ حَتَّى يعتق.

وأصله أنَّ الإذن بالنكاح يتناول الفاسد عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله كما يتناول الجائز، وقـالا: لَا يتناول الفاسـد، فَصَارَ عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله كالنـكاح الجائز بإذن الْمَوْلَى فيؤخذ بالمهر فِي للحال، وكما لو زوجه الْمَوْلَى بِنَفْسِـهِ امرأة بِغَيْرِ شـهود، ودخل بِهَـا أنه يؤخـذ بالمهر فِي الحال، وعندهما صَارَ واقعاً بِغَيْـرِ إذنه فيتأخر المهر إِلَى عتقه وينبني عَلَيْهِ أَنَّهُ لوجود العَبْد نكاح هَذِهِ الْمَرْأَة عَلَى وجه الصحة هل ينفذ.

قَـالَ أَبُـو حَنِيفَـةَ رحمه الله: لَا ينفـد، لِأَنَّ الإذن قَدْ انتهى، وقالا: ينفـذ لِأَنَّ الإذن بـاقٍ، وَكَذَلِكَ لو أمره بنكاح امرأة وَلَمْ يعين فنكح امرأة نكاحاً فَاسِـدَاً، ثُمَّ نكحها صحيحاً، أَوْ نكح أُخْرَى نكاحاً صحيحاً فإنَّ ذَلِكَ عَلَى هَذَا الاختلاف.

وجـه قولَهُما: إنَّ المراد بالنكاح فِي المسـتقبل التحصين والإعفاف، وَذَلِكَ إِنَّمَا يحصل بالجائز الَّذِي يوجب الملك، فأما بالفاسد فَلَا.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لو حلف لَا يتزوج أَنَّهُ لَمْ يحنث بالفاسـد، فكـذا هاهنا، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ تسمية هَذَا النكاح لَا يراد بِهِ التحصين والعفة للمتكلم فيتناول الجائز والفاسـد عَلَى السـواء كما إِذَا أضيف إِلَى الماضي، وَهَذَا لِأَنَّ عرض الْمَوْلَى لَيْسَ التحصين لِنَفْسِـهِ وَإِنَّمَا يشـترط إذنه من حيث يلحق العَبْد مهر فِي رقبته، والجائز فِيهِ مثل الفاسد.

[بَابُ الحَيْضِ وَالنِّفَاسِ]

٣٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵏ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَرَى الصُفْرَةَ(١) وَالْكَدِرَةَ فِي أَيَّامِ الحَيْضِ حَيْضاً. وَهُوَ قول محمَّد ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: الحُمْرَةُ وَالصُفْرَةُ فِي أَيَّامِ الحَيْضِ حَيْضٌ، وَلَا تكون الْكَدِرَةُ حَيْضاً إِلَّا بَعْدَ الدَّمِ.

أَمَّا عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄ فسواء إن رأت الْكَدِرَة فِي كل أيام الحيض، أَوْ فِي أَوَلَهُ، أَوْ فِي أثنائه أَوْ فِي آخره تقدمها دم أَوْ لَمْ يتقدمها فَهُوَ حيض، وعند أَبِي يُوسُفَ ﵀ إن لَمْ يتقدمها دمٌ فرأتها فِي أول أيامها ثُمَّ رأت الدم خالصاً، أَوْ رأت الْكَدِرَة فِي أيامها كلها مِنْ غَيْرِ دم، فإِنَّ الْكَدِرَة لَا تُجعل حيضاً، وَإِنَ رأت الدم فِي أول أيامها ثُمَّ رأت الْكَدِرَة كَانَتْ حيضاً، وَإِنَ رأت الدم قبل أيامها فصارت مستحاضة ثُمَّ رأت الْكَدِرَة فِي ابتداء أيامها أَوْ كلها كَانَتْ حيضاً لِأَنَّهَا لَمْ تر شَيْئاً فِي أيامها كَانَ حيضاً عنده بدم قبله أَوْ بعده، فالكدرة بِذَلِكَ أولى.

وجه قولَهُ: إِنَّ الْكَدِرَة بقية الشيء، والقياس أن يلحق بِمَا تقدم من دم أَوْ طهر، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄ أن ما يكون من ألوان الدم كَانَ حيضاً بكل حال كالصفرة، ويحتمل أن تخرج الْكَدِرَة سابقة عَلَى الدم الخالص، لِأَنَّ مخرج الدم

---

(١) في د من الصفر

من أسفل الرحم، وَلَا يُشكل أنَّ الْكَدِرَة بقية المائع الخالص، وَذَلِكَ لَا يليق بالطُهر، والخضرة مثل الْكَدِرَة.

٣٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الأُخْتَينِ فِي عَقْدِيـنِ مُتَفرِقَينِ لَا يَدْرِي أَيَّتُهُمَا الْأُولَى؛ قَالَ: يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا، وَلَهُمَا عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ.

قَـالَ الفقيه أبو جعفر: معنى هَذَا إِذَا ادعت كل وَاحِدَة مِنْهُمَا أَنَّها الْأُولَى، وَلَا حجـة لَهَا، وَقَدْ عرفنا أنَّ أحديهما أولى، لكن لمـا لَمْ نعرف الْأُولَى مِنْهُمَا، وجب التفريـق، لِأَنَّ النـكاح أحدهما باطلٌ بيقيـن، فَلَمَّا وجب التفريق قبـل الدُّخُول لَمْ يجـب للآخرة مهر، ووجـب للأولى نصف مهر، وَلَيْسَـتْ أحديهما أحق بالمهر، فَصَـارَ بينهما، فأمَّا إِذَا قالتا: لَا ندري أي النكاحين أول، لَمْ يقض القَاضِي بِشَـيْءٍ لَهُمَـا حَتَّى يصطلحا عَلَى أَخَذَ نصف المهر، لِأَنَّ الحق وجب لمجهولة فَلَا بُدَّ من الدَّعْوَى أَوْ الاصطلاح ليقضي لَهُمَا.

٣٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ خَلَا بِامْرَأَتِهِ وَهُوَ محـرمٌ بِتَطَوُّعٍ أَوْ فريضةٍ، أَوْ هِيَ محرمـةٌ بِتَطَوُّعٍ، أَوْ فريضةٍ، أَوْ هِيَ حائضٌ، أَوْ هُوَ صائمٌ، أَوْ هِيَ صائمةٌ فِي رَمَضَانَ، أَوْ هُوَ مريضٌ، أَوْ هِيَ مريضةٌ لَا يَسْتَطِيعُ جِمَاعَهَا، ثُمَّ يطلقها وَاحِدَة؛ قَالَ: عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

٣٥٣- وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: فِيمَنْ يخلو بامرأة وَهُوَ صائمٌ بِتَطَوُّعٍ، أَوْ هِيَ صائمةٌ بِتَطَوُّعٍ، ثُمَّ يطلقها، قَالَ: عَلَيْهِ المَهْرُ كَامِلاً.

وإحـرام الرَّجُل ومرضه من الخواص، ومسـألة صـوم التطوع من الخواص أيضاً، وأصله أنَّ تسـليم البضع يتعلق بِهِ تأكيد المهـر ووجوب العدة عند الطلاق عندنا إِذَا صحَّ التسليم، وصحته أَنْ يَكُونَ فِي حال القدرة، وَأَنْ لَا يلزم الزَّوْج بِذَلِكَ الاستيفاء مأثمٌ وَلَا وبالٌ، فَإِذَا كَانَ أحدهما مُحْرِماً لَمْ يتمكن الزَّوْج من الاستيفاء، لِأَنَّ الْإِحْـرَام يمنعه إِنْ كَانَ فرضـاً إِلَّا بوبال، وإِنْ كَانَ تَطَوُّعَـاً فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ لزوم أصله ثابتٌ شـرعاً مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فِي حق الناس كافة، وصوم الفرض مانع أَيْضَاً لما أنَّ فِي الاستيفاء من المأثم، وَكَذَلِكَ صَلَاة الفرض قياسه.

وَأَمَّـا صوم التطوع فإِنَّما لـزم عندنا ضرورة صيانة المـؤدى، وَذَلِكَ فِي حق الصائـم خاصـة، فَلَمْ يعتبر لازماً فِـي حق خصمه، وَكَذَلِكَ صَلَاة التطوع قياســه، والحيـض مانعٌ لما فِيهِ من المأثم، ومرضــه مانع طبعاً لما يلحقه من الضرر ببدنه، وَذَلِـكَ زائل فِي العــادة، فعلها مراقبة حال الصحة ومرضها متنــوع إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يؤثر فِي المواقعة، وَلَا يلحقها بِذَلِكَ ضرر فإنَّ وجوده وعدمه سواء، وإِنْ كَانَ مِمَّا يلحقها فِي ذَلِكَ ضرر، كَانَ مانعاً أَيْضَاً، لِأَنَّ الإضرار بِهَا حرام، وقولَهُ: (لَا يستطيع جماعهـا) إِنَّمَـا ذكر موصولاً بمرضها، فَقَـالَ بعضهم: إنَّ مرضه كَذَلِـكَ، لِأَنَّهُ قَدْ يمنعه من غشيانها وَقَدْ لَا يمنعه فوجب التفصيل، وَقَالَ بعضهم: بَلْ كل مرضٍ من جانبه، فأنَّه يمنعه من غشيانها، لِأَنَّهُ يوجب تكسراً أَوْ فتوراً.

٣٥٤- قَـالَ عن أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله: فِي المجبوب يخلو بامرأتـه ثُمَّ يطلقها أَنَّ عَلَيْهِ المهر كاملاً، وقالا: عَلَيْهِ نصف المهرلِأَنَّ عجز المجبوب فَوْق عجز المريض.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ التسليم المستحق قَدْ وجد، لِأَنَّ الَّذِي يرُجى مِنْهُ ما يليق بحاله لَا يحتمل المزيد، فَصَارَ هَذَا كاملاً فِي حقه.

أَلَا تَرَى أَنَّ امرأة المجبوب إِذَا ولدت لزمه نسبه، كما يلزم الصحيح، وَأَمَّا إِذَا خلا بالرتقاء فَقَدْ قَالَ فِي الأصل: لَا يصح مِنْ غَيْرِ ذكر خلاف، والصواب أَنَّهُ عَلَى هَذَا الاختلاف، وجانبها مثل جانبه.

٣٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولَ لِامْرَأَتِهِ: أُخْرُجِي، أَوْ اذْهَبِي، أَوْ قُومِي، أَوْ تَقَنَّعِي، أَوْ اخْتَمِري، أَوْ اسْتَتِرِي، ونَوَى الطَّلَاقَ. قَالَ: إِنْ نَوَى وَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ وإِنْ نَوَى ثَلَاثاً فَثَلَاثٌ، وإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ لَا غَيْرَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ.

وقولَهُ: (اذهبي) و(قومي) و(تخمري) من الخواص، وأصله أنَّ كل كنايةٍ لَهَا موجبٌ فِي اللغة فِي التحريم والإبانة.

فعند وجود النية توجب البينونة، ويحتمل الثَّلَاث، وهذه الألفاظ كلها تحتمل الإبانة والتحريم.

لِأَنَّ الذهاب والقيام والخروج موجبات التحريم وَكَذَلِكَ التقنع والاختمار والاستتار كلها من موجبات التحري فَكَانَ كلها تحريماً.

٣٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي امرأةٍ يطلقها زَوْجُهَا، وَقَدْ أتت عَلَيْهَا ثَلَاثُونَ سَنَةً وَلَمْ تحض؛ قَالَ: عِدَّتُهَا الشُّهُور، يعني وَقَدْ دَخَلَ بِهَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، ووجه ذَلِكَ: أَنَّ اللهَ تَعَالَى جَعَلَ عدة الآيسة عن الحيض بالشـهر وعدة اللائي لَمْ تحضن بالأشـهر، وَلَمْ يعتبر الصغر والكبـر، وَإِنَّمَا اعتبر عدم الحيض فِي الطرف الأعلى، فَقَالَ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤]، وإِنَّما يعتبر العدم مِنْ غَيْرِ إياس، وَذَلِكَ أَنَّ العدم أصل فيترجح عَلَى الاحتمال.

وَأَمَّا الكبيرة فَقَدْ صَارَتْ الأقراء فِيهَا أصلاً، فَلَا بُدَّ من انقطاعه.

٣٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي ثَلَاثِ خَالَاتٍ مُتَفرِقَاتٍ؛ قَالَ: أَحَقُهُنَّ بِالوَلَدِ الَّتِي لِأَبٍ وَأُمٍّ، وَكَذَلِكَ العَمَّاتُ المُتَفرِقَاتُ.

وَهَذَا عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: الَّتِي لأب وأمٍّ، والتي لأمٍّ سـواء، لِأَنَّ قرابة الأب هـدر فِـي هَذَا البَـابِ، ولنا: أَنَّ هَذَا حق ثبـت لقرابة الأمِّ، كمـا أَنَّ التعصيب ثبت لقرابة الأب، ثُمَّ قرابة الأمِّ صلحت من جهة مرجحة للتعصيب وَإِنَ لَمْ يصلح علة، فَكَذَلِكَ هَذَا.

٣٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الحَامِلِ تَرَى الدَّمَ قَبْلَ أَنْ تَضَعَ؛ قَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ.

يريد بِهِ أَنَّهُ لَيْسَ بحيضٍ.

وَقَالَ الشافعي ﷺ فِي قول: هُوَ حيضٌ، لِأَنَّ الدم وُجد صالحاً للحيض ممن هُوَ من أَهْل الحيض.

ولنَا: أنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: فِي دم الحامل أَنَّهُ لَيْسَ بحيض[1]، ولأنَّ دم الحيض ما يخرج من الرحم، وَقَدْ صَارَ غذاء للولد، وانسد فم الرحم، وَإِنَّمَا هَذَا دم عرق، فَكَانَ استحاضة، قَالَ: فإن ولدت وَلَدَاً، أَوْ فِي بطنها ولد آخر تركت الصَّلَاة، وَإِذا مكثت بعد عِشْرِينَ يوماً، ثُمَّ ولدت الآخر فالنفاس من الْأَوَّل، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ بين الولدين أربعون يوماً، فإنَّ النفاس من الْوَلَد الْأَوَّل، والعدة تنقضي بالولد الآخر، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: النفاس من الْوَلَد الآخر، وَاحْتَجَّ بأنَّ الحامل لَمْ يَكُنْ دمها حيضاً، فَكَذَلِكَ لَا يَكُون نفاساً. لأنَّهما سواء فِي الحكم، وَمَا دام فِي الرحم ولد فإن الدم غذاؤه.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَنَّ النفاس هُوَ الدم الَّذِي يعقب ولادة الْوَلَد يتنفس بِهِ الرحم، وَقَدْ وجد، وقولَهُ وإِنْ كَانَ بين الولدين أربعون يوماً من خواص هَذَا الْكِتَاب، وَقَدْ بقي الفراغ عن الحمل مِنْ غَيْرِ نفاس عندهما، وَإِنَّمَا لَمْ يجعل دمها حيضاً لانسداد فم الرحم عَلَى ما قلنا، وَإِنَّمَا الاعتبار بالمعاني، وَأَمَّا العدة فإنَّما يتعلق انقضاؤها بالفراغ، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

والحمل اسمٌ للكل، والمعنى فِيهِ الفراغ الدال عَلَى البراءة.

٣٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ جَارِيَةٌ فَيطأها ثُمَّ يَتَزوجُ أُخْتَهَا؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَطَأَ الَّتِي تَزَوَّجَ حَتَّى تخرج الَّتِي وطئها مِنْ مِلْكِهِ أَوْ يُزوجها، وَلَيْسَ لَهُ أن يطأ الأُخْرَى، وإِنْ كَانَ لَمْ يطأ الَّتِي تَزَوَّجَ بَعْد.

---

(١) الدارقطني ١/ ٢١٩ وعبد الرزاق فِي المصنف ١/ ٣١٧ بلفظ:)الحامل لَا تحيض)

والأصل فِيهِ أنَّ الجمع بين الأختين حرامٌ بالنَّص فِيمَا هُوَ قضاء الشهوة، أَوْ سببه أَوْ حكمه، حَتَّى إنَّ الجمع بينهما فِي مِلْكِ الْيَمِين وطئاً أَوْ مساً بشهوة حرامٌ، لقول النَّبِي ﷺ: (مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يَجْمَعَنَّ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ)[1]، وَقَالَ علي فِي ذَلِكَ: أحلتهما[2] أَنَّهُ يريد بِهِ قولَهُ ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٣]، وحرمتهما أَنَّهُ يريد بِهِ قولَهُ ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّسَاء: ٢٣].

قَالَ: فالتحريم أولى، فَإِذَا تزوج أخت الموطؤة صحَّ عندنا لوجوده من أهله فِي محله، وَقَالَ مالك: هُوَ باطلٌ، لِأَنَّ التزوج بِمَنْزِلَةِ الوطء، قلنا نحن أَنَّهُ لَيْسَ بوطء بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا جَعَلَ وطئاً بحكمه، فَلَا بُدَّ من صحته بحكمه، ثُمَّ يصير وطئاً، فَلَا يَكُونُ فِي وجوده وطئاً فصح.

ثُمَّ لما ثبت لَهُ حكم الوطء بعد الوجود لَمْ يَصِحَّ إبطاله بعد الصحة، وقيل لَيْسَ لك أن تطأ هَذِهِ المنكوحة، لِأَنَّ الأُخْرَى موطوءة فيصير جامعاً، وَلَيْسَ لك أن تطأ الموطوءة، لِأَنَّ المنكوحة بِمَنْزِلَةِ الموطوءة بحكم النكاح بعد الصحة، إِلَّا أن تحرم الموطوءة بِبَيْعٍ أَوْ هبة وتسليم أَوْ تزويج، فيسقط اعتبار وطئه بعد الزوال فيطأ المنكوحة، وإِنْ كَانَ لَمْ يطأ المملوكة كَانَ لَهُ أن يطأ المنكوحة لِأَنَّهُ لَا يصير جامعاً وَلَيْسَ لَهُ أن يطأ المملوكة فيصير جامعاً.

---

(١) قَالَ ابن حجر لَمْ أجده، وَقَالَ الزيلعي فِي نصب الراية حديث غريب.
وَمَا صحَّ فِي هَذَا الحديث المتفق عَلَيْهِ: (حديث أمِّ حبيبةَ قالتْ: قلتُ يا رسولَ اللهِ هلْ لكَ فِي بنتِ أبي سفيانَ قالَ: فأفعلُ ماذا قلتُ: تنكحُ؛ قالَ: أتحبّينَ قلتُ: لستُ لكَ بمخليةٍ، وأحبُّ منْ شركني فيكَ أختي قالَ: إنّها لَا تحلُّ لِي قلتُ: بلغني أنّكَ تخطبُ قالَ: ابنةَ أمِّ سلمةَ قلتُ: نَعَمْ قالَ: لوْ لمْ تكنْ ربيبتي ما حلّتْ لِي، أرضعتني وأباها ثويبةُ، فَلَا تعرضنَ عليَّ بناتكنَّ ولَا أخواتكنَّ) البخاري برقم/ ٤٨١٣/ ، ومسلم برقم/ ٣٦٥٩/ .
(٢) أي الجمع بينهما

٣٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ؛ فَقَالَتْ: شِئْتُ إِنْ كَانَ كَذَا لِأَمْرٍ مَاضٍ طلقت، وإِنْ كَانَ بِشَيْءٍ لَمْ يجيء بَعْدُ فَهَذَا بَاطِلٌ. وَلَا يقع الطلاق وَلَيْسَ لَهَا أن تطلق بعد ذَلِكَ.

لِأَنَّ التعليق بِشَيْءٍ كائن بتنجيز وَهُوَ المفوض، وَإِنَ علقها بِشَيْءٍ لَمْ يجيء بعد كَانَ تعليقاً، وَلَمْ يفوض ذَلِكَ إليها، وَهُوَ اشتغالٌ بِمَا لَا يعنيها، فبطل الأمر عن يدها.

٣٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يُزَوِّجُ بِنْتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ عَبْدَاً، أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ أَمَةً؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، فأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ بَاطِلٌ لِمَا سَبَقَ فِي تَقْصِيرِ المَهْرِ وَتَكْثِيرِهِ بِغُبنٍ فَاحِشٍ.

وهذه المسألة من الخواص، وَكَذَلِكَ إن زوج بنته الصغيرة ممن لَا يَمْلِك مهرها أَوْ لَا يقدر عَلَى نفقتها فَلَيْسَ بكفؤ، وَهُوَ عَلَى الاختلاف، وإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ الأب والجد فَهُوَ بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ.

٣٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي أَمِيرٍ مِنْ أُمَرَاءِ قُرَيْشٍ أَمَرَنِي أَنْ أُزَوِجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجْتُهُ أَمَةً لِغَيْرِهِ؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنْ يُزَوِّجَ[1] كفؤاً لَهُ.

---

(١) في د يتزوج

وهذه المسألة بوضعها من الخواص، اعتبر أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله المتعارف فِـي الْوَكَالَـة، والمتعارف تزويج الأكفـاء، وذكر فِي الأصل فِي كِتَـاب الْوَكَالَة أَنَّ اعتبار الكفاءة من جانب النِّسَـاء استحسـان عندهما، واعتبر أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله عموم الأمر فِي غَيْرِ موضع التهمة، وغير موضع الضرورة، وَلَا تهمة فِي هَذَا وَلَا ضرورة، والكفاءة لَا تعتبر للرجال، وَإِنَّمَا تعتبر فِي الرِّجَال للنساء.

٣٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُل وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَـوَلَدَتْ مِنْهُ؛ قَالَ: هِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَعَلَيْـهِ قِيمَتُهَا وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ. وإِنْ كَانَ الابْنُ زَوجَهَـا، فَوَلَدَتْ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ ابِنْ وَلَدِهِ، وَلَا قِيمَةَ فِيهَا، وَلَا فِي وَلَدِهَا، وَوَلَدُهَا حُرٌّ وعَلَيْهِ المَهْرُ.

أَمَّا صحة الاستيلاء فلأَنَّ الشرع جَعَلَ للأب حق أن يصون نفسه بِمَالِ الابن، قَالَ النَّبي ﷺ: (أَنْتَ وَمَالُـكَ لِأَبِيكَ)[١]، قَالَ: هم وأموالهم لكم إِذَا احتجتم إليها بالمعـروف، وماءه جزء من نفسـه فوجبت صيانتـه بِمَالِ الابـن وَذَلِكَ أن يتملك جاريته.

وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله أَنَّهُ لَا يتملك، لِأَنَّ لَهُ حقـاً فِي مَالِ ولده، فيكفي ذَلِكَ لثبـات النسـب، وقلنا نحن أَنَّهُ لَا حق لَـهُ فِي مَالِـهِ، لِأَنَّ الحرية توجب الخلوص وتدفع الحق إِلَّا بإيجاب[٢] من جهته.

---

(١) أخرجه ابن ماجه برقم/ ٢٢٩١/ ، وأحمد برقم/ ٦٩٠٢/ ، وابن حبان برقم ٤٢٦٢/ وغيرهم.
(٢) يعني إِلَّا أن يجب الحق من جهة أُخرَى

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لـو تزوج أمة ولده صحَّ، وأنَّ أمة الابن لَا تحـرم عَلَيْهِ، فلو كَانَ لأبيه حق فِيهَا لكان الأمر خلاف ما قلنا، وَإِذا تملكها غرم قيمتها لابنه، لِأَنَّ حاجته لَيْسَتْ بكاملة، لِأَنَّهَا غير ضرورية، إِنَّمَا هِيَ اتفاقية.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يجبر عَلَى أن يعطي أباه جارية ليسـتولدها، وأنَّه لَا يحل للأب أن يطأها راغباً فِي اسـتيلادها، فلقيام الحاجـة أوجبنا لَهُ التملك، ولعدم الضرورة أوجبنا القيمة صيانة بِمَالِ لماء الْوَلَد.

أَلَا تَـرَى أَنَّ صيانة الماء يحصل مِنْ غَيْرِ إهدار معنى المالية والتقوم بخلاف مـا إِذَا تناول طعامه عنـد الحاجة، لِأَنَّ تلك الحاجة ضرورية لعسـر الأب وفقره، فَصَارَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ نفقة ينفقها عَلَيْهِ، وَلَا مهر عَلَيْهِ عندنا.

وَقَـالَ زُفَرُ رحمه الله: عَلَيْهِ المهـر، لِأَنَّ الملك إِنَّمَا ثبت صيانـةً للماء، فأوجبنا لَهُ الملك قبل العلوق، وَلَا ضرورة فِي نقله إِلَى حال الوطء.

لأصحابنـا: أنَّ الوطء وقع فِي مِلْكِـهِ، لِأَنَّ الغرض من هَذَا أن لَا يصير الأب زانياً، ومن ضرورة وقوع فعله فِي غَيْرِ ملكه ضياع مائه والاستيلاد فعله، وَهُوَ فعلٌ واحدٌ فِي الحكم لَا يتجزأ فوجب إثبات الملك فِي كله.

وَإِذا زوجها مِنْهُ الابن صحَّ عندنا، وَقَالَ الشافعي رحمه الله: لَا يصح لِأَنَّهُ تزوج أمة لَهُ فِي رقبتها حق الملك فبطل كنكاح أمة مكاتبة.

بيانه: أنَّ الأب يَمْلِك الِاسْـتِيلَاد، وَهَذَا أقوى لِأَنَّهُ يَسْتَغْنِي عن تصديق الابن بخلاف استيلاد أمة الْمُكَاتَب.

وجـه قولنـا: أَنَّهُ ينكح أمةً لَا حق لَهُ فِي رقبتهـا وَلَا ملك فصح كالابن ينكح

أمة أبيه، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ الابن حر فَلَا يجب لأحد حق فِي مَالِهِ يمتنع بِهِ النكاح إِلَّا بإيجابه تحقيقاً للحرية، ولأنَّ الابن لَا يمنع من وطئها وحق الملك يمنع الوطء، وَإِنَّمَا للأب حق التملك لَا حق الملك بخلاف الْمُكَاتَب، لِأَنَّهُ مملوك للسيد، فوجب لَهُ حق الملك فِي مكاتبه مَكاسبَه، وَإِذا صحَّ النكاح وقع بِهِ صيانة الماء، وصح بِهِ الِاسْتِيلَاد فاستغنى عن تمليك الْجَارِيَة، وَلَوْ كَانَ للأب حق الملك لاستغنى بِهِ عن التملك وعتق الْوَلَد، لِأَنَّ مولى الْجَارِيَة ملك أخاه، ووجب المهر بحكم النكاح.

٣٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ تَزَوَّجْتُ عَليكِ فَالَّتِي أَتَزَوَّجُ عَليكِ طَالِقٌ، ثُمَّ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقاً بَائِنَاً، ثُمَّ تَزَوَّجَ امِرَأَةً فِي عِدَّتِهَا؛ قَالَ: لَا تَطْلُقُ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يوجد.

لِأَنَّ التزوج عَلَيْهَا أن يدخل عَلَيْهَا من تنازعها فِي الفراش وتزاحمها فِي القَسم، وَهُوَ التزوج عَلَيْهَا عَلَى الكمال وَلَمْ يوجد.

٣٦٥- وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حرة طلاقاً بائناً، ثُمَّ تزوج فِي عِدَّتِهَا أمة، قَالَ: النكاح باطلٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هُوَ جائزٌ.

لِأَنَّ الشرع إِنَّمَا حرم نكاح الأمة عَلَى الحرة، وَلَمْ يوجد اعتباراً بالمسألة الْأُولَى، واعتباراً بِمَا لو وطئها بشبهة النكاح ثُمَّ تزوج أمة فِي عِدَّتِهَا أَنَّهُ جائزٌ، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أنَّ العدة فِي النكاح تعمل عمل النكاح فِي التحريم كتحريم

نكاح الأخت والأربع، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵀: الجمع محرمٌ، وَإِذا بنى عَلَى أحدهما حق الملك وَعَلَى الأُخْرَى حقيقة ملك كَانَ جمعاً لَا محالة، فأمَّا هاهنا فَلَا حرمـة فِي الجمع فإنَّ نكاح الحرة عَلَى الأمة يصح لَا يبطله، وَإِنَّمَا المحرم النكاح عَلَى الحرة إكراماً للحرة فِي موضع الاعتراض وَلَمْ يوجد، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀: إنَّ الشـرع لَمْ يجعل الأمة حلاً فِي مقابلة الحرة، وَفِي هَذَا مقابلة، لِأَنَّهُ أَدْخَلَ فراشـها عَلَـى فراش الحرة فَصَارَ معارضاً فَلَمْ يثبت الحل، لِأَنَّ مَا لَا يصلح للجمع يصلح للمعارضة.

٣٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَـرَ رَجُلاً أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَـاً لَهُ صَغِيرَةً رَجُلاً فَزَوَّجَهَا وَالأَبُ حَاضِرٌ؛ قَالَ: يَجُوزُ شَـهَادَةُ المزوِّجِ عَلَى النِّكَاحِ، وإِنْ كَانَ الأب غائباً لَمْ يجز.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَـواصِّ، والفرق أنَّ المـزَوِّج فِي النكاح معتبرٌ وسـفيرٌ لما أنَّ الحقـوق لَا ترجع إِلَيْهِ، فَكَانَ العقد بِمَنْزِلَةِ الواقـع من الآمر حكماً، وَهُوَ واقعٌ من المباشـر حقيقة، فإِنْ كَانَ الآمر[1] حاضراً أمكن تحقيق الإضافة إِلَيْهِ، لِأَنَّ الإيجاب والقبول إِنَّمَا يصحان [لـ][2] اتحاد المجلس، وَإِذا كَانَ غائباً كَانَ فِي نسبة العقد إِلَيْهِ إبطاله لاختلاف المجلس، فَلَمَّا صحت النسبة إِلَيْهِ صَارَ المتكلم شاهداً.

ولمـا لَمْ يَصِحَّ النسـبة إِلَيْهِ وَهُـوَ غائبٌ بقي مضافاً إِلَـى الحاضر فَلَمْ يصلح

(١) الَّذِي هُوَ الأب هنا

(٢) الإضافة مني

شــاهداً، وذكر هاهنا قولَهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قبل وَاحِدَة وقبلها وَاحِدَة وبعد وَاحِدَة وبعدها وَاحِدَة ومع وَاحِدَة ومَعَهَا وَاحِدَة وَقَدْ مرت جَمِيْعَاً.

٣٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَأَنْتِ مَرِيضَةٌ يُرِيدُ بِهِ إِذَا مَرِضْتِ؛ قَالَ: يَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

لِأَنَّ قولَهُ وأنت مريضةٌ جملةٌ تامةٌ بِمَنْزِلَةِ الْأُولَى، فإِنْ جعَلَها شرطاً فِي الْأُولَى فَقَــدْ نَوَى خلاف الظاهر، وفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَــى يصدق، لِأَنَّ الجملة قَدْ تقوم مقــام الحــال لما عرف أنَّ الجمل نكرات(١)، فَقَدْ نَوَى مــا يحتمله كلامه وَلَا عبرة لقيام المرض وعدمه، لِأَنَّ هَذَا الاسم ينطبق عَلَى الصحيح لعاقبته الَّتِي هِيَ لازمة، أَوْ لِأَنَّ كُلَّ هالك مريض.

٣٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي نَصْرَانِيٍّ تَزَوَّجَ نَصْرَانِيَّةً عَلَى غَيرِ مَهْرٍ مُسَــمًّى، وَذَلِكَ فِي دِينِهِم جَائِزٌ، فَدَخَــل بِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا، أَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول بِهَا، أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا، قَالَ: لَيْسَ لَهَا مَهْرٌ.

وَكَذَلِــكَ الحربي تزوج الحربية فِــي دار الحرب، وَكَذَلِكَ إِذَا تَزَوَّجَهَا فِي دار

(١) مــراده أن الجملــة تحتمل العطف والخبرية وتحتمل الحالية والشــرطية، لذا يترك لمراده ديانة إن كَانَ أراد الخبر لَا تطلق قضاء وَلَا ديانة وإن كإِنْ نَوَى الشرط طلقت ديانة.

الحـرب، فأمَّا الذميان فِي دار الْإِسْـلَام، فلها مهر مثلها إن لَمْ يسـم لَهَا مهراً، وَقَدْ دَخَـلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، والمتعة إن طَلَّقَهَـا قَبْلَ أَنْ يدخل بِهَا، لِأَنَّ النكاح وقع فِي دار الْإِسْلَام، وحكم الْإِسْلَام جارٍ عَلَيْهَا.

إِنَّمَا ذكر فِي الْكِتَاب أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى غير مهرٍ، وَذَلِكَ يحتمل النفي ويحتمل السكوت[1]، وَلَا شبهة فِي النفي أَنَّهُ عَلَى الاختلاف.

وجه قولَهُما: أنَّ أَهْل الذِّمَّة فِي دار الْإِسْـلَام يلزمهم حكم الْإِسْلَام، والنكاح لَمْ يشرع إِلَّا معاوضة فِي حكم الْإِسْلَام، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ العمل بديانتهم فِيمَا يحتمـل الصحة فِـي الجملة واجب كما عملنا بِذَلِكَ فِي الخمـر والخنازير، وَهَذَا الحكم من جنس ما يحتمل أن يكون.

فأمَّا السـكوت فـإِنَّ جوابه أَنْ يَرْجِعَ إِلَى ديانتهم، فـإن دانوا بالمهر لَا بالنفي وجـب مهر المثـل أَوْ الْمُتْعَة، وَإِنَ دانـوا بأن لَا يجب إِلَّا بالنَّص لَمْ يجب شـيء، والتزوج بالميتة بِمَنْزِلَةِ النفي لِأَنَّهُ لَا قيمة لَهَا عند أحد، وقولَهُما فِي الحربيين مثل قولَهُ إن أحكامنا لَا تلزمهم.

٣٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: واللهِ لَا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلَّا يَوْمَانِ؛ قَالَ: لَا يَكُونُ مُولِيَاً.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: يكون مولياً، لِأَنَّ الْيَوْم ينصرف إِلَى آخَرَ السنة كما لو آجر داره سنة إِلَّا يوماً.

---

(١) يعني يحتمل أنه قَالَ أتزوجك بلا مهر، ويحتمل أنهم سكتوا عن المهر

وجـه قولنا: إنَّ علامـة المولي أن لَا يمكنه قربان امرأتـه إِلَّا بحنث يلزمه، وَلَا يوجد، لِأَنَّهُ مَتَى قربها فِي يوم لَمْ يلزمه شـيء حَتَّى يمضي ذَلِكَ الْيَوْم، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّهُ اسـتثنى يوماً نكرة، بلا تعريفه بِمَـا أمكن إجراؤه عَلَى حقيقته، وَقَدْ أمكـن هاهنا لِأَنَّ الْيَمِين تصـح مع الجهالة، وَلَا حاجة إِلَـى تصحيح الطلاق لَا محالـة، بخلاف الإجارة، لِأَنَّ تصحيح الإجارة واجـب، وَذَلِكَ بتعريفه وتعيينه، فَإِذَا قربها فِي يوم صَارَ مولياً بعد انقضاء ذَلِكَ الْيَوْم إن بقي إِلَى آخَرَ السـنة أربعة أشهر فصاعداً.

٣٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي النَصْرَانِيِّ لَهُ بِنْتٌ صَغِيرَةٌ مُسْـلِمَةٌ فَزَوَّجَهَـا؛ قَالَ: لَا يَجُوزُ، تَفْسِـيرُهُ إِنْ تُسْـلِمَ بِنَفْسِـهَا وَهِيَ عاقلةٌ، أَوْ بِإِسْلَامِ أُمِّهَا.

وَإِنَّمَا لَمْ يجز، لِأَنَّ الْإِسْـلَام قاطع ولاية الكافر، وَقَالَ النَّبي ﷺ: (الْإِسْـلَام يَعْلُو، وَلَا يُعْلَى)(١)

أَلَا تَـرَى أَنَّ الكافر لَا يصلح أميراً وَلَا قاضياً وَلَا شـاهداً عَلَى الْمُسْـلِمِينَ، وَقَـالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: فِي النصراني لَهُ أخت مسـلمة، قَـالَ: لَا يجبر عَلَى نفقتها، لِأَنَّ نفقتها بالنَّص إِنَّمَا شـرعت بصفـة الإرث، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقـرة: ٢٣٣]، واختلاف الدين يبطـل الإرث بخلاف نفقة الأولاد، لكن يدخـل عَلَيْهِ نفقـة الآباء والأمهات، فمن ذَلِكَ ما شـرعت بصفـة الإرث أَيْضاً،

(١) أخرجه الدارقطني برقم (٣/ ٢٥٢)، والبيهقي (٦/ ٢٠٥، رقم ١١٩٣٥).

كنفقــة الصَّغِيــر عَلَى الجد والأم، والفرق أنَّ نفقة الأولاد تشــبه الزَّوْج[1] لما فِيهِ من البعضية.

أَلَا تَرَى أَنَّ الأب يحبس بنفقة ولده، وَلَا يحبس بدين ولده لما قلنا أَنَّهُ بحبس النفقة يصير بِمَنْزِلَةِ القاصد لقتله، وقصد القتل مدفوع شــرعاً، وَإِنَ اختلف الدين، وَأَمَّــا نفقة الأخــوات فَصِلةٌ، فَلَمْ يجب باختلاف الدين، وبخــلاف العتق، فَإِنَّهُ من جنس الزَّوْج أينما كَانَ.

٣٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵃ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يُزَوِّجُ امرأةً فَأَغْلَقَ بَاباً وَأَرْخَى سِــتراً ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَقَالَ: لَمْ يجامَعَهَا، وَقَالَتْ: بَلَى جَامَعَنِي، أَوْ قالت: لَمْ يُجَامِعْنِي؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا.

لِأَنَّ التســليم قائمٌ مقام الدُّخُول فِي حق وجوب العدة، لِأَنَّهَا شرعت خلفاً عن نكاح منْقَضٍ بعد تأكده، فوجبت العدة عَلَى التحقيق عند احتمال الماء، ولما وجبت حرمــت أختها وأربع ســواها عَلَى التحقيق ظاهراً وباطناً، فأمَّا بعد الخلوة الفاســدة فيحتمل أن لَا يحرم ذَلِكَ فِي الباطن، لِأَنَّهَا وجبت احتياطاً لوجود صورة التسليم.

٣٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵃ تَعَــالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ اخْتَارِي، فَتَقُولُ قَدْ[2] اخْتَرَتُ؛ قَالَ: بَاطِلٌ.

---

(١) يعني تشبه نفقة الزَّوْج لزوجته

(٢) سقط من د

لِأَنَّ الاختيار لَيْسَ من ألفاظ الطلاق فِي الحقيقة، وَإِنَّمَا جَعَلَ كَذَلِكَ بالسُنَّة، وَهِيَ وردت بِذَلِكَ إِذَا كَانَ مفسراً، فأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لما قص عَلَى عَائِشَة ما نزل فِي شأنهن من التخيير، قالت: (لَا بَلْ أختار الله ورسولَهُ) فَإِذَا كَانَ التخيير غير مفسَّر والاختيار كَذَلِكَ كَانَ باطلاً، فَإِنْ قَالَت: اخترت نَفْسِي وَقَدْ نَوَى الزَّوْج الطلاق صحَّ، لأنه مفسر.

وإِنْ نَوَى الزَّوْج اختاري نفسك[1]، فَقَالَتْ: (اخترت) صحَّ ووقع الطلاق لِأَنَّ كلام الزَّوْج مفسرٌ، وكلامها خرج جواباً لَهُ، فَصَارَ مفسراً بِهِ، وسقط إبهام اختيارها نفسها أَوْ زوجها فصح.

وَلَوْ قَالَ: اختاري اختيارةً، فَقَالَتْ: اخترت صحَّ أَيْضاً لِأَنَّ الاختيار عبارة عن الإفراد والاتحاد، وَذَلِكَ دلالة عَلَى الطلاق واختيارِها نفسها لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ينفرد ويتعدد، فأمَّا اختيارها زوجها فَلَا.

٣٧٣- قَالَ: وَلَوْ قَالَ: اختاري اختاري اختاري، فَقَالَتْ: اخترت الْأُولَى أَوْ الوسطى أَوْ الأخيرة، فَهِيَ ثلاث. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هِيَ وَاحِدَة بائنةٌ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ اخترت اختيارةً، أَمَّا إِذَا قالت: اخترت، وقع الثَّلَاث.

لِأَنَّ التكرار فِي كلام الزَّوْج صَارَ دلالة مفسرة فصح جوابها غير مفسر ظاهراً.

وَلَوْ قَالَ: اخترت اختيارةً فهذا أوضح، لِأَنَّ معناه اخترت الكل مرة، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَت: اخترت مرة أَوْ بمرة، أَوْ قالت: وَاحِدَة، لِأَنَّ الواحدة يقتضي مصدراً محذوفاً فوجب إثبات مصدر الفعل المذكور فَهُوَ أحق، وفيه تصحيح جواب الكل.

---

(١) يعني نفس لفظ المسألة الَّتِي فِي المتن بأن قَالَ اختاري فقالت اخترت، واختلفت عَنْهَا بنية الرَّجُل، ومنه يتبين أن لفظ المسألة فِي المتن كَانَ بلا نية

وَلَوْ قَالَت: اخترت الْأُولَى، وقع الكل عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يقع وَاحِدَة، لِأَنَّ هَذَا اللفظ بعيد يتبين الإفراد والترتيب، والترتيب باطل لِأَنَّهُ لَا ترتيب فِيمَا ملكت، فأمَّا الإفراد فصحيح، فوقعت وَاحِدَة، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ الْمَرْأَة إِنَّمَا تتصرف بحكم الترتيب، وَلَا ترتيب فِيمَا ملكت، فلغى ذكر الْأُولَى، فبقي قولَهُا، ولما احتمل إرادة الترتيب، وإرادة الإفراد كَانَ كالذي بِهِ يصير جواباً للكل أولى، لِأَنَّ الحال دليلٌ عَلَيْهِ.

٣٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي امرَأَةٍ أَيَّامُ حَيْضِهَا خَمْسَةٌ، فَرَأَتْ مَا بَينِهَا وَبَيْنَ العَشَرِةَ دَمَاً؛ فَهُوَ حَيْضٌ. وَإِنَ ازْدَادَتْ عَلَى العَشَرَةِ فَهِيَ مُسْتَحَاضَةٌ إِلَّا أَيَّامَ أَقْرَائِهَا[١].

لما روي عن النَّبي ﷺ فِي المستحاضة: (أَنَّها تدعُ الصَّلَاة أيامَ أقرائها)[٢]، فَإِذَا ازداد الدم عَلَى العشرة فَقَدْ ثبت الاستحاضة، فأمَّا إِذَا اقتصر عَلَى العشرة أَوْ دونها فَهُوَ حيضٌ كله، لِأَنَّ حكم الحيض ثابتٌ بيقين، فَلَا يقطع حَتَّى يثبت صفة الاستحاضة بدليل وَلَمْ يثبت.

---

(١) أي أيام حيضها المعتادة وَهِيَ الخمسة هنا.

(٢) لفظ الحديث (المستحاضةِ تدعُ الصَّلَاة أيّامَ أقرائها ثمَّ تغتسلُ وتصلّى والوضوءُ عندَ كلِّ صَلَاة).

رواه أبو داود برقم/ ٢٩٧/ ، والترمذي برقم/ ١٢٦/ ، وابن ماجه برقم/ ٦٢٥/ ، وابن أبي شيبة برقم/ ١٣٦٥/ ، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٩٦٢/ ، والبيهقي برقم/ ٥٦٥/ .

٣٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فمَاتَت قَبْلَ أَنْ يَقُولَ وَاحِدَة، أَوْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ فمَاتَت قَبْلَ أَنْ يَقُولَ ثِنْتَيْنِ، أَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً فمَاتَت قَبْلَ أَنْ يَقُولَ ثَلاثاً، أَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ الله فمَاتَت قَبْلَ أَنْ يَقُولَ إِنْ شَاءَ الله، لَمْ تطلق شَيْئاً.

والكلام فِي ذَلِكَ موصولٌ، لأن الواقع هُوَ المسمى بالمصدر فثبت اقتضاءَ[1] إن لَمْ يذكر، وَإِنَ ذكر فَلَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ هُوَ الواقع، فَإِذَا صادف حال الموت أَوْ بعد الموت بطل، وقولنا إِنْ شَاءَ الله مبطل للكلام فَإِذَا وصل بِهِ بطل، والموت ينافي الإيجاب، وَلَا ينافي ما يبطل الإيجاب بِهِ بَلْ يلائمه.

٣٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمَرْأَة تمس الرَّجُل بشهوةٍ؛ قَالَ: حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا.

لِأَنَّ الرَّجُل والْمَرْأَة شريكان فِي الحرمة، وشريكان فِي الشهوة، فَإِذَا وجدت مِنْهَا علة الحكم[2] وجب القول بثبوت الحكم من الطرفين، كما شرع اعتباراً لما لو وجد ذَلِكَ مِنْهُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

---

(١) فِي ب: اقتضاءه

(٢) وَهُوَ اللمس بشهوة هنا

٣٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ زَوَّجَ أَمَتَهُ رَجُلاً فَأَرَادَ أَنْ يَعْزِلَ عَنْهَا؛ قَالَ: الإِذْنُ فِي العَزْلِ إِلَى الْمَوْلَى.

٣٧٨- وَإِنْ طَلَّقَهَـا فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ قَالَ الـزَّوْجُ: كُنْتُ رَاجَعْتُكِ فِي العِدَّةِ فَكَذَّبتْهُ وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى، فَالقَوْلُ قَوْلُ الأَمَةِ.

٣٧٩- وَإِنْ قَالَـتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي، وَقَالَ الزَّوْجُ: لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُكِ، وَقَالَ الْمَوْلَى: لَمْ تَنْقَضِ، فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلَهَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: القَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى فِي الرَّجْعَة.

هَذِهِ ثلاث مسائل:

مسـألةٌ فِي انقضاء العدة: فالقول فِيهَا قولَهُـا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ مفوضٌ إليها لَا يوقف عَلَيْهِ إِلَّا من جهتها، فإن حلفت انقطعت الرَّجْعَة، وَإِنَ نكلت نفيت الرَّجْعَة.

[مطلب: في الرجعة بعد العدة]

ومسـألةٌ فِـي دعـوى الرَّجْعَة بعـد انقضاء العـدة: إِذَا كذبـت الأمة وصدق الْمَوْلَـى، قَالَ أَبُو حَنِيفَـةَ ﷺ: القول قولَهُا، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: القول قول الْمَوْلَى، لِأَنَّ النـكاح ينقض بانقضاء العدة ظاهراً، فوقع الاختلاف فِي إثبات النكاح والفراش، وَذَلِكَ عَلَى الْمَوْلَى إثباته لَا لَهَا.

أَلَا تـرَى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ أَبَى القضاء بالنكول فِي مثل هَذَا، وشـبهه بدعوى ابتداء النكاح.

وجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هَذَا أمـرٌ يبتني عَلَى العدة، وَذَلِكَ مفوض إليها، وَكَذَلِكَ ما هُـوَ من توابعه كابتداء الرَّجْعَة يبطل بقولَهُا انقضت عدتي، وَقَالَ بعض مشايخنا: بأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ سلك طريقة الاحتياط، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجْعَة باعتبار الحال وَهِيَ حال الخصومة، تشـبه ابتداء النكاح وإثبات الفراش، وباعتبار حال الإضافة قائم بالعدة، فَلَا يجب القول بالرجعة إِلَّا بيقين، وَهِيَ أن يتفق الْمَوْلَى والأمة عَلَى تصديـق الـزَّوْج، فأَمَّا إِذَا كذبه أحدهمـا لَمْ يثبت حَتَّى إِذَا صدقـت الأمة زوجها، وكذبـه الْمَوْلَى فعلى الطَّرِيق الْأَوَّل تصديقها أولـى. وَعَلَى الطَّرِيق الثَّانِي لَا يثبت أَيْضاً.

[مطلب: في العزل]

والثالثـة: مسـألةُ العزل، ولَا بَـأْسَ بالعزل، لما روي عن النَّبـي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (اعزلوهـن، إن الله تَعَالَـى إِذَا أراد خلـق نسـمة فَهُـوَ خالقهـا)[1]، وأراد فِي حق المملوكات، وَلَا خلاف فِي ذَلِكَ أَنَّهُ جائزٌ فِي الأمة المملوكة، لِأَنَّهُ لَا حق لَهَا عَلَيْهِ فِي الشـهوة، وَلَا فِي الْوَلَد، وَأَمَّا العزل فِي الحرة فَلَا يحل إِلَّا بإذنها، لِأَنَّ لَهَا حقاً فِي الْوَلَد، وَفِي قضاء الشهوة، وَأَمَّا فِي الأمة المنكوحة فَقَدْ قَالَ فِي الْكِتَاب: الإذن إِلَى الْمَوْلَى.

---

(١) لَـمْ أجده بهـذا اللفظ، والذي صحَّ فِيهِ حديث مسـلم (عـنِ ابنِ محيريزٍ أنَّـهُ قالَ دخلتُ أنا وأبو صرمةَ عَلَى أَبَى سـعيدٍ الخدريِّ فسـألهُ أبو صرمةَ فقالَ يا أبا سـعيدٍ هلْ سـمعتَ رسـولَ اللهِ ﷺ يذكرُ العزلَ فقالَ نَعَمْ غزونا معَ رسـولِ اللهِ ﷺ غزوةَ بني المصطلقِ فسبينا كرائـمَ العربِ فطالتْ علينـا العزبةُ ورغبنا فِي الفداءِ فأردنا أنْ نسـتمتعَ ونعزلَ فقلنا نفعلُ ورسولُ اللهِ ﷺ بينَ أظهرنا لَا نسألهُ. فسألنا رسولَ اللهِ ﷺ فقالَ (لَا عليكمْ أنْ لَا تفعلوا ما كتبَ اللهُ خلقَ نسمةٍ هيَ كائنةٌ إِلَى يومِ القيامةِ إِلَّا ستكونُ) برقم/ ٣٧١٧/ .

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله أَنَّ الإذن إليها، لِأَنَّ ذَلِكَ ضرراً بِهَا فِي قضاء الشهوة، وَلَهُا فِيهِ حظ بحكم النكاح دون مَوْلَاهُا.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ الحق فِي الْوَلَد إِلَى الْمَوْلَى لَا لَهَا، وَلَمْ يكن الكرامة إِلَّا للولد.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَو لَمْ ينو الصلة لَمْ يَكُنْ لَهَا فِيهِ حق وخصومة، فَإِذَا عزل عَنْهَا أولى؟

٣٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهُ إِنْ أَقَامَ بِهَا فِي بَلَدِهَا فَمَهْرُهَا أَلْفٌ، وَإِنَ أَخْرَجَهَا فَمَهْرُهَا أَلْفَانِ؛ فَإِنْ أَقَامَ بِهَا فِي بَلَدِهَا فَلَهَا أَلْفٌ، وَإِنَ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لَا يَنْقُصُ عَنْ أَلْفٍ وَلَا يَزِيدُ عَلَى أَلْفَينِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: الشَّرْطَانِ جَمِيْعَاً جَائِزَانِ.

وَهَذَا فرع قول الرَّجُل للخياط: إن خطت هَذَا الثوب الْيَوْم فلك دِرْهَم، وَإِنَ خطته غداً، فلك نصف دِرْهَم عَلَى ما يأتي.

٣٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبَةِ تزوّج بإذن مَوْلَاهُا ثُمَّ تعتق؛ قَالَ: لَهَا الْخِيَارُ.

وَقَالَ زُفَرُ رحمه الله: لَا خيار لَهَا، لِأَنَّ النكاح وقع لَهَا، ومهر نصفها سلم لَهَا، فَلَا ضرر عَلَيْهَا بخلاف الأمة، ولعلمائنا الثلاثة أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خيَّر بريرة وَقَدْ كَانَتْ

مكاتبـة، وَلِأَنَّهُ علَّل بملك البضع، وَقَالَ: (ملكـت بضعك فاختاري)[1]، والتعليل يوجب الاستواء، ولأنَّ الاختيار معلولٌ بزيادة الملك مضافاً إِلَى غير الْمَوْلَى، وَقَدْ وجد ذَلِكَ عَلَى المكاتبة.

٣٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ إِلَى عَشَرَةِ أَيَّامٍ؛ قَالَ: هَذَا بَاطِلٌ لَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا، وَهَذِهِ الْمُتْعَة.

وَقَـالَ زُفَـرُ ﵀: هُوَ نكاحٌ صحيـحٌ، لِأَنَّ إيجاب النكاح قَـدْ وجد والتوقيت شرطٌ فاسدٌ، وطريق قولنا: إنَّ هَذَا عقد الْمُتْعَة من قِبَل أن المدة مُحْكَمٌ فِي الْمُتْعَة، وذكر النكاح حقيقة يحتمل المجاز والاستعارة، لأنَّهما يجتمعان فِي تلك المدة، فحملنا المحتمل عَلَى المحكَم.

٣٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا؛ قَالَ: لَهَا أَنْ تَمْنَعَهُ نَفْسَهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا المَهْرُ، وَلَهَا أَنْ تَمْنَعَهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى السَّـفَرِ بِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: إِذَا دَخَلَ بِهَا بِرِضَاهَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَهُ نَفْسَهَا.

بعـد ذَلِـكَ أجمعوا أَنَّهُ لـو دَخَلَ بِهَـا كارهة أن حقها فِي الحبس لَا يسـقط، وَكَذَلِـكَ لـو دَخَلَ بِهَا وَهِيَ صغيـرة أَوْ مجنونة، فأمَّا إِذَا دَخَـلَ بِهَا طائعةً وَهِيَ من

---

(١) رواه الدارقطني فِي سننه بلفظ (اذهبي، فقدْ عتقَ معك بضعك) برقم/ ١٧٠/ .

أَهْـل التسـليم فإِنَّ حقها لَا يبطل أَيْضاً عند أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندهما يبطل حقها، والخلاف فِي منعها نفسـها وَفِي السـفر بِهَا إِذَا أبت، وَإِذا منعت نفسها فلها النفقة حَتَّى يسـتوفي مهرها عند أَبِـي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وعندهما لَا نفقة لَهَا، وكان أبو القاسـم الصفار يفتي فِي المنع بقول أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَفِي السـفر بقول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهَذَا أحسـن فِي الفتيا، وطريق قولَهُما إِنَّ المعقود عَلَيْهِ كله قَدْ صَارَ مسـلماً إِلَيْهِ برضاها فبطل حقها كالبائع إِذَا سـلم المبيع باختيـار، وَهَذَا لِأَنَّ المعقود عَلَيْهِ فِي هَـذَا البَابِ فِي حكم العين بِالْإِجْمَاعِ عَلَى ما عرف، وَكَذَلِكَ المهر يتأكد بالوطء الواحد بِالْإِجْمَاعِ.

وَإِذا صحَّ تسـليم الكل بطل الحق وجعل الوطئ المتكرر كالاستخدام، ومن الثمـرات، ولأَبِـي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنها إِنَّمَـا يحبس عن الزَّوْج ما يقابلـه المهر لِأَنَّ كُلَّ وطء تسلط عَلَى البضع المحترم فَلَا يَجُوزُ إخلاؤه عن العوض، وَإِنَّمَا صَارَ مؤكداً بالوطـأة الْأُولَى لِأَنَّ مـا ورائها مجهول لَا يصلح للانقسـام، فَإِذَا صَارَ شـيء مِنْهُ معلومـاً زاحم الْأَوَّل، كالعبد يجني فتصير رقبته جزاء بِمَا يجني عَلَى الآخر فيصير كَذَلِكَ إِلَى مَا لَا يتناهى، وكل وطء يوجد وَقَدْ صَارَ معلوماً، وَكَذَلِكَ كل وطء وَهُوَ مطلـوب فَإِنَّهُ معلوم فاعتبر مزاحماً للمسـتوفي، فأمَّا قولَهُما إِنَّ المعقود عَلَيْهِ عينٌ فيسـلم لَهُ أن عينها أقيم مقام المعقود عَلَيْهِ وَهُوَ الوطء، فَإِذَا حصل المقصود وَهُوَ الوطء اعتبر هَذَا الذي هُوَ أصل، وسقط اعتبار الحلف.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَإِذا أوفاها مهرها نقلها حيث شاء، وكان أبو عبد الله محمَّد بن سلمة يفتي فِيمَا بعد تسليم المهر أن لَيْسَ لَهُ أن يسافر بِهَا، حكى عَنْهُ الفقيه أبو جعفر وَهُوَ حسن.

٣٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ تزوج امرأةً عَلَى هَذَا العَبْد فَإِذَا هُوَ حُرٌّ؛ قَالَ: لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا. وَهَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، فأمَّا عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ فَيَجِبُ قِيمَتُهُ لو كَانَ عَبْدَاً.

وقـول محمَّد ﷺ مثل قول أَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ، وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى هَذَا الخل فَإِذَا هُوَ خمر، فإنَّ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لَهَا مهر مثلها.

وعند أَبِي يُوسُـفَ ومحمَّد ﷺ لَهَا مثل كيله من الخل، أَمَّا طريق أَبِي يُوسُفَ ﷺ فَقَدْ قَالَ: إنَّ التسمية باعتبار الْمَال قَدْ صحت فَإِذَا أظهر خلافه فَقَدْ تعذر تسليم المسمى، فوجبت قيمته كما فِي الهلاك.

ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ الإشـارة أولى فِـي التعريف من التسـمية، وَقَدْ وَقَعَتْ الإشـارة عَلَى مَا لَا يصلح مهراً فَصَارَ كأنَّه يزوجها عَلَى هَذَا الحر، أَوْ هَذِهِ الخمر، وبطلت التسـمية بخلاف ما هُوَ عَلَيْهِ، فوجب مهـر المثل، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: العَبْد والحر جنسٌ واحدٌ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ العَبْد يصير حـراً، والحر يصير عَبْدَاً فِي غَيْرِ تبدل عين، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ صَارَ المشـار إِلَيْهِ من جنس المسـمى فوقع العقد عَلَى المشار فوجب مهر المثل، والخل والخمر جنسان مختلفان، أَلَا تَرَى أَنَّهما يتفاوتان بتفاوت الأوصاف والمنافع، فَصَارَ المشـار إِلَيْهِ من خلاف جنس المسـمى، فتعلق العقد بالمسمى، كمن اشْتَرَى فصاً عَلَى أَنَّهُ ياقوت، فَإِذَا هُوَ زجاجٌ بطل البيع، وَإِذا اشْتَرَى شخصاً[1] عَلَى أَنَّهُ ثورٌ فَإِذَا هِيَ بقرةٌ صحَّ البيع لما قلنا.

---

(١) حيواناً شخصه بِعَيْنِهِ، وَلَمْ يتبين تفاصيله

٣٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى هَذَا الْعَبْـد أَوْ عَلَى هَذَا العَبْد؛ فَـإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِنْ الأُوكسِ فَلَهَا الأُوكسُ، وإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ[1] مِنْ الأَكْثرِ وَأَكْثَرَ مِنْ الأُوكسِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَإِنَ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُول بِهَا فَلَهَا نِصْفُ الأُوكسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَهَا الأُوكسُ، إِلَّا أَنْ يُعْطِيهَا الأَفْضَل.

وجـه قولَهُمـا: إِنَّ الأوكس متيقـن والفضـل عَلَيْهِ مشـكوك فوجب الأخذ بالمتيقن، ووجه قولَهُ: إِنَّ موجب العقد مهر المثل فِي الأصل، فَإِذَا وقع الشك فِي المسمى وجب التمسك بالأصل.

فـإِنْ كَانَ مهر مثلها أقـل من الأوكس فَقَدْ تيقنا بالزيـادة عَلَى مهر المثل الى الأوكس، وَفِي الفضل شـك، وَإِذَا كَانَ مهر مثلها أكثر من الأكثر فإِنَّ النقصان عَنْهُ إِلَى الأكثر ثبت باتفاقهما ووقع الشـك فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ من الحط، فَلَا يثبت بالشـك، فـإن طَلَّقَهَا قبل الدُّخُـول بِهَا فلها نصف الأوكس، أَمَّـا إِذَا كَانَ مهر المثل أقل من الأوكس فَلَا يشكل.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ أكثر من الأوكس فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ المسـمى لمَّا جُهل بكلمة الشك صَارَ الواجب عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ مهر المثل، وَأَمَّا المسـمى فَلَمْ يثبت عَلَى اليقين إِلَّا الأقـل، إِلَّا أَنَّـا أعطينا إِلَى تمام الأكثـر باعتبار مهر المثل فبطـل بالطلاق قبل الدُّخُـول، وبقي ما هُوَ المتيقن فِي حكم المسـمى فوجب تنصيفـه، وإِنْ كَانَ مهر

(١) في ج أكثر

مثلهـا بين العبدين وجب مهر مثلها، وعنـد الطلاق تنصيف الأوكس لما ذكرنا أَنَّهُ متيقنٌ وَهُوَ فَوْق الْمُتْعَة.

٣٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أَنْـتِ خَلِيةٌ، أَوْ بَرِيَةٌ، أَوْ بَائِـنٌ، أَوْ بَتَةٌ، أَوْ حَرَامٌ، أَوْ اعْتَـدِّي، أَوْ أَمْرُكِ بِيدِكِ، أَوْ اخْتَـارِي، فَتَقُولُ: اخْتَرتُ نَفْسِي، وَقَـالَ: لَمْ أَنْو الطَّلَاقَ؛ قَالَ: يَدِينُ فِي هَذَا كُلِّـهِ[1]. وإِنْ كَانَ قَبْلَـهُ ذَكَرَ الطَّلَاقَ لَمْ يُـدن فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، وإِنْ كَانَ قَبلَ هَـذَا غَضَبٌ لَمْ يـدن فِي قَوَلَهُ اعتـدِّي، وَأَمْرُكِ بِيدِكِ، وَاخْتَـارِي، وَيُصَدَّقُ فِي الخَمْسِ الأُخَرِ.

وحاصل هَذِهِ الجملة أنَّ الكنايات ثَلَاثَة أقسام فِي هَذَا البَابِ:

قسمٌ مِنْهَا يصلح رداً، ويصلح جواباً، وقسمٌ مِنْهَا يصلح جواباً وَلَا يصلح رداً، وقسمٌ مِنْهَا يصلح جواباً ويصلح شتيمة ومجازاة.

والأحوال ثَلَاثَة: حالٌ مُطْلَقة، وحالٌ ذكر الطلاق، وحالٌ غضب.

أَمَّا ما يصلح رداً وإجابة فمثل اخرجي واغربي وتقنعي واستتري، والذي يصلح جواباً مثل أَمَرَ بيدك، واختاري، واعتدي، وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ أَنَّهُ ألحق بِهَا خليتُ سبيلك، وسرحتُك، وَلَا ملك [لِي][2] عليك، وَلَا سبيل لِي عليك، والحقي بأهلك.

---

(١) في د لا يدين بهذا كله

(٢) الإضافة مني

والقسم الثالث: أنت خليةٌ، برئةٌ، بائنٌ، بتةٌ، حرامٌ.

أَمَّا فِي الحال الْمُطَلَّقَةَ فَلَا يصير شيء من هَذِهِ الأقسام طلاقاً إِلَّا بالنية، والقول قولَهُ فِي ترك النية، لِأَنَّهَا محتملة، وَلَا دلالة فِيهَا عَلَى الطلاق، وَأَمَّا فِي حال مذاكرة الطلاق بأن سألت الطلاق فإنَّ ما يصلح إجابة ورداً لَا يجعل طلاقاً، لِأَنَّهُ احتمل الْوَجْهَيْنِ فثبت أدناهما الَّذِي هُوَ متيقنٌ وَهُوَ الرد، وَلَمْ تثبت الإجابة بالشك، وَأَمَّا الَّذِي يصلح جواباً وَلَا يصلح رداً فَلَا بد من أن يُجعل جواباً، لِأَنَّ الحال حال الجواب فحُمل عَلَيْهِ بدلالة الحال، فَصَارَ طلاقاً.

والقسم الثالث كَذَلِكَ أَيْضَاً، لِأَنَّهُ يصلح جواباً، وَلَا يصلح رداً، لَكِنَّهُ يصلح شتيمة، والحال لَا يصلح للشتم فتعين الجواب بالإيجاب، وَأَمَّا فِي حال الغضب فإنَّ القسم الْأَوَّل لَا يجعل جواباً لِأَنَّ حال الغضب يحتمل الإيجاب، ويحتمل الرد مغايظة، فَلَمْ يجعل جواباً بالإيجاب بالشك.

وَأَمَّا القسم الثالث فَإِنَّهُ لَا يجعل طلاقاً لِأَنَّهُ احتمل الشتم والإيجاب، وحال الغضب يدل عَلَى الشتم والمغايظة ويدل عَلَى الطلاق أَيْضَاً، فثبت أدناهما وَهُوَ الشتم والمغايظة.

وبيان قولنا: إنَّ خلية محتمل الشتم، يعني أنَّها خلية عن الخيرات، وأنَّها خليعة العذار لَا حياء لَهَا، وبرية عن الطاعات والمحامد، وبائن وبتة عن كل رشد، ويقال: حرامٌ أي مكروهٌ مستخبثٌ قبيحٌ.

وَأَمَّا القسم الثَّانِي فيصلح للطلاق الَّذِي يدل عَلَيْهِ الغضب وَلَا يصلح للرد والشتم، أعني قولَهُ اعتدي واختاري وأمرك بيدك وأخواتها فيجعل طلاقاً.

٣٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ عَنْ امْرَأَتِهِ فَتَأْتِي بِوَلَدٍ فَيُصَدِّقُهَا الوَرَثَةُ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ؛ قَالَ: هُوَ ابْنُهُ وَيَرِثُهُ، وَإِنَ لَمْ يَشْهَدْ عَلَى الوِلَادَةِ أَحَدٌ.

معنى هَذَا إِذَا كَانَ أَقَرَّ جميع الورثة بِهِ فشاركهم بإقرارهم أَوْ أَقَرَّ بِهِ جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بأن صدقها رَجُلَانِ منهم، أَوْ رجل وامرأتان منهم، فوجب الحكم بإثبات نسبه حَتَّى يشارك المصدقين والمنكرين جَمِيْعَاً.

وهل يشترط فِي ذَلِكَ منهم لفظة الشهادة أم لَا؟

اختلف فِيهِ مشايخنا: فاشترط بعضهم بعد أَنْ يَكُونَ فِي مجلس الحكم، وَقَالَ بعضهم: لما كَانَ هَذَا الكلام إقراراً مِنْ وَجْهٍ لَمْ يشترط لفظة الشهادة.

وأصل المسألة فِي كِتَاب الدَّعْوَى، وذكر بعد هَذَا فصل الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زوجها، والمطلقة الكبيرة، والصغيرة فِي حكم النسب، وجملته إِمَّا أن تكون الْمَرْأَة كبيرة من ذوات الأقراء، أَوْ صغيرة، أَوْ آيسة، والفرقة إِمَّا بطلاق رجعي، أَوْ بائن، أَوْ موت، أَوْ كَانَتْ منكوحة.

أَمَّا ذوات الأقراء إِذَا ادعت أَنَّها ولدت وَهِيَ منكوحة بعد النكاح لستة أشهر فصاعداً، فإِنَّ النَّسب لَا يثبت إِلَّا بشهادة القابلة، لِأَنَّ الموجب للنسب قائم، وَإِنَّمَا الحاجة إِلَى تعيين الْوَلَد عند الولادة، وَذَلِكَ لَا يعرف إِلَّا بقول النِّسَاء.

وَإِنَ ادعت أَنَّها ولدت وَذَلِكَ بعد الوفاة أَوْ طلاق بائن لَمْ يثبت ذَلِكَ إِلَّا بشهادة رَجُلَيْنِ أَوْ رجل وامرأتين عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَكَذَلِكَ بعد الطلاق الرجعي، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يثبت بشهادة القابلة.

وجـه قولَهُما: إنَّ الفراش يبقـى بالعدة، كما كَانَ فِي النكاح فَلَا حاجة إِلَى ما يثبت النسب، وَإِنَّمَا الحاجة إِلَى إثبات الولادة، وتعيين الْوَلَد، فيثبت بشهادة القابلة كما فِي حال قيام الفراش، أَوْ إقرار الزَّوْج بالحبل، أَوْ الحبل الظاهر.

وجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ هَذِهِ الشـهادة قامت لإثبات النَّسـب فيشـترط كمـال الحجة، وَهَذَا لِأَنَّهَا يوم جاءت بولد أنَّها قَدْ ولدته، فَقَدْ زعمت أنَّ فراشـها منقـضٍ، والمنقضي لَا يصلح حجة، فَصَارَ فِـي هَذَا الموضع القضاء واقعاً بإثبات النسب.

فأمَّـا إِذَا أَقَرَّ الزَّوْج بالحبل، أَوْ كَانَ الحبل ظاهراً فَقَدْ ثبت نسـبه يَوْمَئِذٍ لقيام الفـراش ثُمَّ وَقَعَـتْ الحاجة إِلَى تعيينه، لِأَنَّ الخصم يقـول لعله هَلَكَ، فخرج ميتاً أَوْ مَاتَ بعد الخروج فَلَمْ يكن بد من تعيينه بشـهادة القابلة، ومتى ثبت النسب بعد الموت والبينونة فإنَّما ثبت إِلَى سَـنَتَيْنِ لَا مزيد عَلَيْهِ لما روي عن عَائِشَـة ﵂ أنَّها قالت: (لَا تَلِدُ الْمَرْأَة وَلَدًا تَامًّا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، ولَا يَبْقَى الْوَلَدُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَكْثَرَ من سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِظِلِّ مِغْزَلٍ)[(١)].

وَفِي الطلاق الرجعي يثبت لأكثر من سَنَتَيْنِ، وَإِنَ طَالَ الزمان لجواز أَنْ يَكُونَ امتد طهرها فعلقت وصار مراجعاً.

[مطلب: في الإقرار بانقضاء العدة]

وَإِذا جاءت بِهِ لِأَقَلَّ من سَـنَتَيْنِ لَـمْ يصر مراجعاً لاحتمال العلوق بوطء قبل الطـلاق، وَفِي هَذَا كله إِذَا لَمْ يقر بانقضاء العـدة، فأَمَّا إِذَا أقرت بانقضاء العدة فِي

(١) مالك برقم/ ٥٤٧/ .

الطلاق البائــن أَوْ الرجعي فِي مدة تصلح لثلاثة أقراء ولدت، فإن ولدت لِأَقَلَّ مِنْ سِــتَّةِ أَشْهُرٍ منذ أقرت، ولأقل من سَــنَتَيْنِ مذ بانت، وَفِي الرجعي كيف ما كَانَ بعد أَنْ يَكُونَ لِأَقَلَّ مِنْ سِــتَّةِ أَشْهُرٍ من وقت الأقراء ثبت النسب لعلمنا ببطلان الإقرار، وَإِنَ ولدت لســتة أشــهر منذ أقرت لَمْ يثبت، لأنَّا لَمْ نعلم بفســاد الإقرار، وَكَذَلِكَ الوفاة إِذَا أقرت بانقضاء العدة بعد مضي أربعة أشــهر وعشرة أيام، ثُمَّ ولدت لِأَقَلَّ مِنْ سِــتَّةِ أَشْــهُرٍ منذ أقرت ثبت النسب، وَإِذا ولدت لســتة أشهر فصاعداً لَمْ يثبت، لِأَنَّ عدة الوفاة يحتمل الانقضاء بالحمل بالأشهر فصح إقرارها، وَإِذا لَمْ تقر وجب الانقضاء بالحمل.

وَأَمَّا الآيســة فِي الطلاق الرجعي والبائن، إِذَا ولــدت وَلَمْ تقر بانقضاء العدة كَانَــتْ كالتي هِيَ مــن ذوات الأقراء لِأَنَّهَا لما ولدت فَقَدْ بطــل اليأس، وَإِنَ أقرت مفســراً بثلاثة أشــهر فَكَذَلِكَ لِأَنَّ اليأس لما بطل الاعتداد بالأشهر، فكأنَّها لَمْ تقرَّ أصلاً، وَإِنَ أقرت مطلقاً فِي هَذِهِ يصلح لثلاثة أقراء، فإن ولدت لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ منــذ أقرت ثبت النســب وإلا فَلَا، لِأَنَّ مطلق إقرارها يحمــل عَلَى الأقراء لما بطل اليأس، وَفِي الوفاة إِذَا أقرت فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ ذوات الأقراء بلا فصل، وَأَمَّا الصغيرة فإِنْ كَانَــتْ مطلقة طلاقاً بائناً بعد ما دَخَلَ بِهَا زوجها وَهِيَ مراهقة، ثُمَّ جاءت بولد بعد الإقرار بانقضاء العدة بعد ثَلَاثَة أشهر، فإن جاءت بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ منذ أقرَّت ثبــت النســب، وَإِنَ جاءت لأكثر مِنْهُ لَمْ يثبت، وَإِنَ لَمْ يقــر فَكَذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله حَتَّى إِذَا جاءت بِهِ منذ الفرقة لِأَقَلَّ من تسعة أشهر ثبت، وإلا فَلَا.

قَالَ أَبُو يُوسُــفَ رحمه الله: ثبــت إِلَى سَــنَتَيْنِ إِذَا لَمْ تقر بانقضــاء العدة كالكبيرة، وَهَذَا لِأَنَّهُ يحتمل أن تحبل ســاعة فســاعة، وجه قولَهُما: إن مــا كَانَ متعيناً وضعا

وشـرعاً اسـتغنى عن التعيين، وكان السـكوت عَنْهُ بِمَنْزِلَةِ البيان، وهاهنا لانقضاء عدة الصغيرة جملةً وَاحِدَة وَهِيَ الأشهر.

فأمَّا الحبل فيحتمل الحدوث، وَلَا عبرة بِمَا لَمْ يوجد، وَلَا دليل عَلَى وجوده قبـل أن يوجد بخلاف الكبيرة لِأَنَّ صفـة قبول الحبل بائنة لَهَا، فَـلَا يترك مِنْ غَيْرِ دليل، فإِنْ كَانَ الطلاق رجعياً فَكَذَلِكَ عندهما.

وعند أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا لَمْ تقر ثبت نسب ولدها إِذَا ولدته إِلَى سبعة وعِشْرِينَ شَـهْراً، لِأَنَّ عدتها ثَلَاثَة أشـهر، فَلَا يتصور وطئها موجباً للرجعة إِلَّا فِي آخِرِ هَذِهِ المدة، ثُمَّ يستقبلها مدة الحمل سنتان، فيصير جملته سبعة وعِشْرِينَ شَهْراً.

فأمَّـا إِذَا كَانَـتْ متوفى عَنْهَا زوجهـا فَإِنَّهَا إِذَا أقرت عند انقضاء أربعة أشـهر وعشـر ثُمَّ ولدت كَانَـتْ مثل الكبير، وَإِنَ لَمْ تقر فَكَذَلِـكَ عندهما حَتَّى إِذَا ولدت بعد الوفاة لِأَقَلَّ من عشرة أشهر وعشرة أيام ساعة ثبت النَّسب وإلا فَلَا، وعند أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى سَنَتَيْنِ لما قلنا.

وَإِذا علق رجـل طلاق امرأته بولادتها، فَقَالَتْ: ولدت وشـهدت بِهِ القابلة، وَلَـمْ يقـر بالحبـل، وَلَا كَانَ ظاهراً لَمْ يقبل للطلاق إِلَّا شـهادة رَجُلَيْـنِ، أَوْ رجل وامرأتين عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

[مطلب: في الشهادة بالولادة]

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: تقبل شهادة القابلة، لِأَنَّ الطلاق حكمٌ متعلقٌ بالولادة، وشـهادة الْمَرْأَة حجة فِي إثبات الولادة، فَكَذَلِـكَ فِيمَا يتعلق بِهَا، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ شهادة النِّسَاء ضرورية، وَهَذَا الحكم لَيْسَ من ضرورات الولادة، فَلَا

يثبت بشـهادة القابلة، وَكَذَلِكَ إِذَا شـهدت امرأته عَلَى استهلال الصبي عند دعوى حياته لترث لَمْ تقبل عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندهما تقبل.

فأمَّا إِذَا أَقَـرَّ بالحبل ثُمَّ علق طلاقها بالولادة، فَقَالَتْ: ولدت، وكذبها الزَّوْج وقع الطلاق مِنْ غَيْرِ شـهادة القابلة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندهما يشـترط شـهادة القابلـة، لِأَنَّهُ حكـمٌ متعلقٌ بالولادة فَلَا يثبت عند المزاحمـة والمنازعة بِغَيْرِ حجةٍ كما قلنا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ هَذَا طلاق معلقٌ بكائنٍ، فثبت بخبر الْمَرْأَة مِنْ غَيْرِ حجةٍ كالحيـض، وَهَذَا أولى لِأَنَّ الْوَلَد الكائن فِي الرحم لَا يخلو عن الخروج لَا محالة حيـاً أَوْ ميتاً مشـاهداً أَوْ غيره، وَأَمَّا الحيض فبناء عَلَى العـادة، وإلا فيحتمل أن لَا يَكُون.

٣٨٨- وَقَـالَ: فِي امرأةٍ ولدت فَقَالَ الزَّوْج: لَمْ تلديه، فشـهدت بِهِ الْمَرْأَة فنفاه الزَّوْج لاعَنَ.

لِأَنَّ النَّسب قَدْ ثبت ظاهراً والقذف صحيح، واللعان إِنَّمَا يجب بالقذف، وَلَا اتصـال لَـهُ بالولد، فَإِنَّهُ يصح مِنْ غَيْرِ ولد، وَإِنَّمَا يجـب اللعان بالقذف بقولَهُ لَيْسَ مني، فاعتبر القذف منفصلاً.

٣٨٩- وَكَذَلِكَ رجل قَالَ لأمته: إِنْ كَانَ بِهَا حبلٌ فَهُوَ مني، فَقَالَتْ: ولدْتُ وشـهدَتِ القابلة صُدِّقـت، وتكون أمَّ ولد لَهُ، وبغير شـهادة لَا تصدق، وَلَا يكـون معتبراً عند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ.

❁ ❁ ❁

[بَابٌ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ]

٣٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِهَا حَبَلٌ مِنْ زِنَاً؛ قَالَ: لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ أَحَدٍ، وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ، وَلَا يَطَأُهَا حَتَّى تَضَعَ، وإِنْ كَانَ فِي بَطْنِهَا وَلَدٌ ثَابِتُ النَّسَبِ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ. وَهُوَ قَوْلُ محمَّد ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: النِّكَاحُ فَاسِدٌ، وإِنْ كَانَ الحَبَلُ مِنْ الزِنَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وجه قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ أنَّ محل الحكم مشغول، فَلَا يحتمل شغلاً آخر، كما لو [كَانَ][1] لَهُ نسبٌ ثابت، وإنَّما قلنا هَذَا لِأَنَّ النكاح عَلَى طريق الحكمة ما شرع إِلَّا للفراش وطلب الْوَلَد، فيصير الحمل[2] منافياً للمقصود.

ووجه قولهما إنَّ النكاح شرع للفراش، وَلَا فراش لأحد عَلَيْهَا، وَإِذا كَانَ فِي بطنها ولدٌ ثابت النسب فَعَلَيْهَا فراش صاحب النسب، وَلَا تبقى محلاً لمثله.

وَإِنَّمَا حرم الوطء هاهنا، لِأَنَّهُ يسقي ماؤه زرعَ غيره، وَذَلِكَ حرام بالنَّص، وَلَيْسَ من ضرورة حرمة الوطء إِذَا كَانَ تعارضٌ محتملٌ لزوال فساد النكاح، كما لو حرم لسبب النفاس.

---

(١) فِي الأصل: قَالَ

(٢) يقصد الحمل من غيره

٣٩١- قَالَ: وَلَوْ تزوج امرأة من السبي حاملاً بطل النكاح.

لِأَنَّ هَذَا حملٌ ثابت النسب مِنْ زَوْجِهَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٣٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الغلام الَّذِي يُجَامِع مثله وَلَمْ يبلغ يُجَامِع الْمَرْأَة؛ قَالَ: يجب عَلَيْهَا الغُسْلُ، ويحلها الزَّوْج الْأَوَّل.

وَإِنَّمَا وجب بِهِ الغسـل لِأَنَّ التقاء الختانين سبب دار عَلَيْهِ وجوب الغسل إِذَا كَانَ فِي الجملة يحتمل الإنزال، وَهَذَا يحتمل لما كَانَ مثله يُجَامِع، فبنى أَمَرَ الغسل عَلَـى الاحتيـاط، وإِنْ كَانَ خلاف الأصل، وَأَمَّا حلها، فـلأنَّ النَّص إِنَّمَا علق ذَلِكَ بنكاح زوجٍ آخر ووطئه بالسُّنة[1] مِنْ غَيْرِ تقييدٍ، وَقَدْ حصل إِذَا كَانَ ممن يُجَامِع بأَنْ يَكُونَ يتحرك ويشتهي، وَأَمَّا ما دون ذَلِكَ فَلَا.

ومعنى التحليل: إِنْ كَانَ بالنكاح وطئها، وَلَهُذا أَعادَ المسـألة للحال، وفصل الغسل من الخواص.

---

(١) وَهُوَ حديث الصحيحين واللفظ لمسـلم: أن عَائِشَـة قالت: جاءت امرأة رفاعة إِلَى النَّبي ﷺ، فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما مَعَهُ مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله ﷺ، فَقَالَ: «أتريدين أن ترجعي إِلَى رفاعة؟ لَا، حَتَّى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»، قالت وأبو بكر عنده وخالد بالباب ينتظر أن يؤذن لَهُ، فنادى: يا أبا بكر، إِلَّا تسـمع هَذِهِ ما تجهر بِهِ عند رسـول الله ﷺ؟ البخاري/ ٥٨٢٥/ ومسلم/ ٣٥٢٦/

٣٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، الْمَرْأَة تَقُولُ لِزَوجِهَا اخْلَعْنِي عَلَى مـا فِي يَدَي مِنْ الدَّرَاهِـم فَيَخْلَعُهَا، وَلَا يَكُونُ فِي يَدِهَا شَيْءٌ؛ قَالَ: عَلَيْهَا أَنْ تُعْطِيَهُ ثَلَاثَة دَرَاهِمَ.

وَلَمْ تجعل كلمة (مــن) للتبعيض ليجب بعض الثلاثة، لِأَنَّ كلمة (ما) عامة، وكلمة (من) لبيان جنسٍ مِنْهَا، وكانت للتبعيض لكن مِنَ للأجناس، وَإِنَّمَا لَمْ يَرْجِع إِلَى رد ما أعطاها لِأَنَّ بدل الخلع مقابَلٌ بِمَا لَيْسَ بِمَالِ وَلَا قيمة لَهُ أَيْضاً، وَإِنَّمَا يصار إِلَى ما أعطاها ضرورة العجز عن العمل بالمسمى، فَإِذَا أمكن العمل بالمسمى مِنْ وَجْـهِ صَارَ أولى، وَقَدْ أمكن هنا لِأَنَّ أقل الجمع ثَلَاثَة، وصار ذَلِكَ متيقناً محمولاً عَلَيْهِ كما حمل فِي الوصايا[1]

بخلاف العتق عَلَى دَرَاهِمَ فَإِنَّهُ يجب قيمة العَبْد لِأَنَّهُ متقوم فَلَا يترك إِلَّا بِمَا هُوَ ثابتٌ مطلقٌ، وَكَذَلِكَ تسـمية الدَّرَاهِـم فِي النكاح لَا يصلح ويجب مهر المثل، لِأَنَّ الأصل متقوم شرعاً فَلَا يترك إِلَّا ببدلٍ صحيحٍ عَلَى الإطلاق، فأمَّا بالضروري فَلَا.

أَلَا تَرَى أَنَّ مهر المثل أولى بالمعرفة من الدَّرَاهِم الْمُطَلَّقَةَ، وَكَذَلِكَ قيمة العَبْد.

٣٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ خَلَا بِامَرأَتِهِ وَهِيَ حائضٌ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَقَالَتْ: لَمْ يجامعني؛ قَالَ: عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ، وَعَلَيْهَا العِدَّةُ كَامِلَةً.

---

(١) أي إن أوصى إِلَى فلان بدراهم دون تحديد فَهِيَ ثلاث دَرَاهِمَ

أَمَّا نصف المهر فلأنَّ التسليم لَمْ يوجد، والقياس أن لَا يجب العدة أَيْضاً، لما قلنا، وَفِي الاستحسان يجب لوجود صورة الخلوة، فأقيمت الصورة مقام الحقيقة فِـي العِدَّةِ احتياطاً بخلاف ما إِذَا كَانَ بينهمـا ثالث، فَإِنَّهُ لَا تجب العدة لِأَنَّ ثمة لَمْ يوجد صورة الخلوة.

٣٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لَا؛ قَالَ: لَيْسَ شيءٌ.

وقول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي هَذَا من الخواص.

وذكـر فِي الطلاق فِيمَنْ قَـالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لَا شـيء أَنَّهُ يقع وَاحِدَة فِي قول أَبِي يُوسُـفَ ﷺ الْأَوَّل، وَهُوَ قول محمَّد ﷺ ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ فَقَالَ: لَا يقع شـيء، وَكَذَلِكَ قولَهُ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً أَوْ لَا شـيء، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لَا شيء، ففيه روايتان عن محمَّد ﷺ، والأصح أَنَّهُ لَا يقع شيء، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَوْ لَا فعلى الاختلاف.

وَقَدْ ذكر عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ هاهنا أَنَّهُ لَا يقع شيء، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ غير طالقٍ لَمْ يقع للشك، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لَا.

وجه قولَهُ محمَّد ﷺ أن ما دَخَلَ فِيهِ الشك يبطل، فيبقى قولَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ أنَّ العدد هُوَ الواقع، فَإِذَا بطل لَمْ يقع شـيء، كمـا لو قَالَ: أَنْـتِ طَالِقٌ فقبل أَنْ يَقُولَ وَاحِدَة أَوْ ثَلَاثاً بانـت وَقَدْ قَالَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يقع لما قلنا.

وَأَمَّـا فِي قولَهُ أَنْـتِ طَالِقٌ أَوْ لَا شـيء، الصواب أن لَا يقع شـيء لِأَنَّ كلمة (الشك) إِنَّمَا دخلت عَلَى قولَهُ طالق والقضاء قائمٌ بِهِ.

٣٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ من وَاحِدَة إِلَى وَاحِدَة؛ قَالَ: تطلق وَاحِدَة. وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ من وَاحِدَة إِلَى ثِنْتَيْنِ، طَلُقتْ وَاحِدَة، وَلَوْ قَالَ: من وَاحِدَة إِلَى ثَلَاثٍ طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى وَاحِدَة طَلُقَتْ وَاحِدَة، وَكَذَلِكَ مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى ثِنْتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَة، وَلَوْ قَالَ: ما بين وَاحِدَة إِلَى ثَلَاثٍ طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: نَأْخُذُ فِي هَذَا كُلِّهِ بِآخِرِ الوَقْتَينِ فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى وَاحِدَة، وَقَعَتْ وَاحِدَةً. وَلَوْ قَالَ مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى ثِنْتَيْنِ، طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: مَا بَينَ وَاحِدَة إِلَى ثَلَاثٍ طَلُقَتْ ثَلَاثًا.

قَالَ زفر رحمه الله: فِي هَذَا لَا يدخل الغاية الْأُولَى وَلَا الثانية، فإن بقي شـيء وقع ذَلِكَ، وإلا فَلَا.

وَهُوَ القياس المحض فِي هَذِهِ المسـائل، لِأَنَّ ما جَعَلَ غاية لَا يدخل، كما لو قَالَ: بعت مِنْكَ من هَذِهِ الأرض إِلَى هَذِهِ الأرض، أَوْ ما بين هَذِهِ وهذه.

وجه قولَهُما وَهُوَ الاستحسـان: أَنَّ المشـروع مَتَى جَعَلَ غايةً لَمْ يَكُنْ بدٌّ من صحتـه ووجـوده ليصلح غاية، والغاية هاهنا حكم شـرعي فوجـوده وقوعه، فَلَا يحتمل الرفع.

وقول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله قريب من المعتاد، لِأَنَّ قول الرَّجُل لِفُلَانٍ عَلَى من مائة

إِلَـى ألف يراد بِهِ فِي العادة وجـوب المائة فصاعداً، وَإِنَّمَا يشـكل فِيمَا بين ذَلِكَ، وَلَا شك فِي تمام الألف أَنَّهُ غير واجب، فَكَذَلِكَ فِي هَذِهِ المسألة لَا بُدَّ من دخول صدر الكلام وَمَا بين ذَلِكَ أَيْضاً، وَإِنَّمَا الخارج أخره.

وَكَذَلِـكَ الرَّجُل يقـول لِفُلَانٍ عَلَى ما بين عشـرة إِلَى مائة، يريد أَنَّ العشـرة واجبةٌ بيقين، وَإِنَّمَا المائة غير واجبةٍ بيقين، وَإِنَ ما بين ذَلِكَ واجب.

وَقَـدْ حاج الأصمعـي[1] زفر ﷺ فِي هَذِهِ المسـألة عند باب الرشـيد، فَقَالَ الأصمعي: ما قولك فِي رَجُلٍ قيل لَهُ كم سـنك [قَالَ][2] ما بين سـتين إِلَى تسعين أيكون عمره تسع سنين، فتحير زفر ﷺ، وَقَالَ: أستحسن فِي مثل هَذَا[3].

---

(١) الأصمعي (١٢٢ - ٢١٦هـ) عبد الملك بن قريب بن علي بن أصمع بن مظهَر بن رياح بن عبد شـمس بن أعيا بن سـعد. وكان أبوه قَدْ رأى الحسن وجالسه. وجدُه عليُّ بن أصمع، كَانَ الأصمعـيُّ صاحب رواية غريب وشـعر ونـوادر اعراب وفكاهات وملحِ يسـامر بِهَا الملوك والأشراف. وكان شديد التَوخِي لتفسير الْقُرْآن وحديث النبيِّ ﷺ، لَا يعلم أنه كَانَ يرفع إِلَّا أحاديث يسيرة، وصدوقا فِي غَيْرِ ذَلِكَ من حديثه صاحب سنة واستقامة، يكنى أبا سعيد، وولد سنة ثلاث وعشرين ومئة، وعمِر نيفا وتسعين سنة وَلَهُ عقب.
وَقَـالَ مسـلم فِي الكنى: أبو سـعيد عبد الملك بـن قريب بن عليّ بـن الأصمع بن مطهَر بن رياح الباهليُّ، سـمع ابن عون ومسعراً وسـليمان بن المغيرة، الجوهرة فِي نسب النبي وأصحابه العشرة. طبقات النحويين واللغويين ص١٦٧

(٢) الإضافة مني.

(٣) أورد هَذِهِ القصة الزيلعي فِي كتابه تبيين الحقائق شـرح كنز الدقائق فِي كِتَاب الطلاق ج٢ ص/ ٢٠٢.
وَقَدْ حاجَّ الأصمعيُّ زفرَ فِي هَذِهِ عندَ بابِ هارونَ الرّشيدِ فَقَالَ الأصمعيُّ ما تقولُ فِي رَجُلٍ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ما بين وَاحِدَة إِلَى ثلاثٍ قَالَ تطلقُ وَاحِدَة لِأَنَّ كلمةَ ما بين لَا تتناولُ الحدّينِ =

وذكـر هاهنا أَنَّ الرَّجُل إِذَا قَالَ فِي مرض موته لِامْرَأَتِهِ: كنت طلقتك ثَلَاثاً فِي صحتي، وانقضت عدتك، فَقَالَتْ: نَعَمْ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بدين، أَوْ أوصى لَهَا بوصية، فإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رحمه الله قَالَ: لَهَا الأقل من ذَلِكَ، ومن الميراث، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إقراره ووصيته جائزةٌ.

وَقَدْ مرَّ الفرق لَهَا بين هَذِهِ المسألة وبين مسألة سؤال الطلاق.

٣٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ يوم أتزوجـك أَنْتِ طَالِقٌ، فَتَزَوَّجَهَا لَيْلاً؛ قَالَ: يَحْنَثُ وَتطلقُ. وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: يَوْمَ يَقْـدُمُ فُلَانٌ فَأَمْرُكِ بِيدِكِ، فَقَـدُمَ فُلَانٌ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً فَلَـمْ تَعْلَمْ بِهِ حَتَّى جن اللَّيْل قَالَ: لَا خِيَارَ لَهَا.

والأصـل فِيهِ أَنَّ الْيَوْم يسـتعمل للوقـت فيحتمل اللَّيْل والنهار، ويسـتعمل لبياض النَّهَار، وَلَا يستعمل النَّهَار إِلَّا للبياض خاصة، وَلَا يستعمل اللَّيْل إِلَّا للسواد خاصة، كَذَلِكَ موجب هَذِهِ العبارات فِي اللغة، وموضع الإستياق دليلٌ عَلَى ذَلِكَ، قَـالَ الله تَعَالَى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ ﴾ [الأنفال: ١٦]، وأراد بِهِ حينئذٍ، فَلَمَّا كَانَ كَذَلِـكَ وجب العمل بِمَا يوجب ترجيح أحد الْوَجْهَيْـنِ فِي الْيَوْم، فإن أضيف إِلَى فعـل يمتد علم أَنَّهُ يراد بِهِ فِي ذَلِكَ بياض النَّهَار إذ هُوَ أولى بالمعيار، وَإِذا كَانَ مِمَّا

= وَكَذَلِـكَ مـن وَاحِدَة إِلَى ثـلاثٍ لِأَنَّ الغايةَ لَا تدخلُ فَقَالَ لَهُ ما تقـولُ فِي رجلٍ قيلَ لَهُ كمْ سـنّك فَقَالَ ما بين السّـتّينَ إِلَى سبعينَ أيكونُ ابنَ تسعِ سنينَ فتحيّرَ فَقَالَ أستحسنُ فِي مثلِ هَذَا.

لَا يمتـد حمل عَلَى الْوَقْت، والتـزوج مِمَّا لَا يمتد، فحمل فِيهِ عَلَى الْوَقْت [ف][1] فحنث إِذَا تَزَوَّجَهَا ليلاً.

أَلَا تَرَى أَنَّ قولَهُ: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ ﴾ [الأنفال: ١٦]، فعل غير ممتد والأمر بِالْيَدِ[2] لِامْرَأَتِهِ فعل يمتد؟ فحمل عَلَى بياض النَّهَار بدلالته، فَإِذَا لَمْ يعلم حَتَّى مَضَى فإنَّمـا وقع العلم بعد انقضاء الأمر، فَلَمْ يبق الأمر، والجهل لَا يصلح لإثبات الوجود كما لو قَالَ: أمرها بيدها غداً، فَلَمْ تعلم حَتَّى مَضَى الغد ثُمَّ علمت فَلَا أَمَرَ لَهَا.

٣٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَـالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَـا فَهِيَ طالقٌ، فَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُـمَّ تَزَوَّجَهَا مَرْةً أُخْرَى؛ قَالَ: لَا يَقَعُ عَلَيْهَا شِيءٌ فِي المَـرَةِ الآخرةِ. وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا تَزَوَّجـتُ امْرَأَةً فَهِيَ طالقٌ، فَتَزَوَّجَهَا مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى طَلَقُتَ مَرَّتينِ.

لِأَنَّ كلمـة (كل) للإناطة[3]، لكنَّها تصحب الأسـماء، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَآئِقَةُ ٱلْمَوْتِ ﴾ [آل عمـران: ١٨٥] فأوجبت عموم النِّسَـاء لَا عمـوم التزوج إِلَّا ضرورة عموم النِّسَـاء، فَلَا يحنث فِي امـرأة وَاحِدَة مرتين، فَإِذَا أريد (أن) تصحب الأفعال وصلت بكلمة (ما) كما وصلت بِهَا (أن) فتصحب الأفعال، فيوجب عموم الأفعال نصاً وضعاً.

---

(١) الإضافة مني

(٢) أي قولَهُ أمرك بيدك

(٣) أي لتعليق الحكم بِهَا كل مرة.

وعموم الأسـماء ضرورة عموم الأفعال، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النِّسَاء: ٥٦]، فَإِذَا تكرر التزوج تكرر الحنث.

[بَابٌ فِي تَزْوِيجِ العَبْدِ وَالأَمَةِ]

٣٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عبدٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ إذن مَوْلَاهُا، فَقَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: طَلِّقْهَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِجَازَةً؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهُ: فَارِقْهَا، وَلَوْ قَالَ: طَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً تَمْلِكُ الرَّجْعَة كَانَ إِجَازَةً.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَواصّ، وأصله إنَّ تزوج العَبْـد بِغَيْرِ إذن مَوْلَاهُ يحتمل الإجازة من الْمَوْلَى، ويحتمل الرد وَهُوَ الأولى بحاله، وَهُوَ الأدنى، وقولَهُ: (طَلِّقْهَا) يحتمل الأمرين لِأَنَّ رد هَذَا العقد يسمى طلاقاً أَيْضاً.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لو طَلَّقَهَا كَانَتْ متاركـة، وَكَذَلِكَ الفراق يحتمل ذَلِكَ، ويحتمل الإجازة تصحيحاً لَهُ؟

أَلَا تَـرَى أَنَّا قلنا فِي النكاح الموقوف إِذَا عـرض عَلَيْهِ الطلاق ثُمَّ أجيز أَنَّهُ لَا يصح؟

وَإِذا كَانَ كَذَلِـكَ ثبـت الأدنى والذي يليق بحـال اختيار العَبْـد، وَإِذا قيدها بالرجعة لَمْ يحتمل إِلَّا إجازته فحمل عَلَيْهِ.

٤٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يقول لِامْرَأَتِهِ كُلَّمَا

وَلَدَتِ فأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَتْ ثَلَاثَة فِي بُطُونٍ مُخْتَلِفَةٍ؛ قَالَ: الثَّانِي رَجْعَةٌ، وَالثَّالِثُ رَجْعَةٌ.

وبيان ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ بين الولدين ستة أشهر فصاعداً، وَإِنَّمَا لَمْ يجعل بطناً واحدا، لِأَنَّ الافتراق أصلٌ فِي مثله فِي العادة، وَلِأَنَّهُ لَا يثبت الإيجاد بالشك، والافتراق ثابت عياناً، فَلَمْ يكن بدٌّ من أن يجعل العلوق بالثاني دلالة عَلَى وطء بعد ولادة لِلْأَوَّلِ، فَصَارَ بِذَلِكَ الوطء مراجعاً.

وَكَذَلِكَ الثالث لِأَنَّهَا إِنَّمَا تطلق بالولادة الثانية وَهِيَ منكوحته، وَكَذَلِكَ بالثالث فَلَا تنقضي العدة بِشَيْءٍ من ذَلِكَ، وَإِنَّمَا تنقضي بالإقرار، وَلَا ينظر فِيهِ إِلَى حال النفاس مراعاة نسب الْوَلَد.

أَلَا تَرَى أَنَّ النفاس يوجد وَلَا يوجد ويطول ويقصر وَلَوْ كانوا فِي بطن واحد لطلقت بالولد الْأَوَّل وبالثاني انْقَضَتْ الْعِدَّةُ بالثالث لعدم الرَّجْعَة؟

٤٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي المريض[١] الَّذِي لَا يقدر عَلَى أَنْ يُجَامِعَ امرأته، أَوْ تَكُونَ رَتقَاءَ أَوْ صَغِيرَةً لَا يَقْدِرُ عَلَى جِمَاعِهَا، أَوْ يَكُونُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ مَسِيرَةُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى جِمَاعِهَا، فَآلَى مِنْهَا؛ قَالَ: فَفَيئُهُ[٢] إِليهَا أَنْ يَقُولَ: (فِئْتُ إِليهَا).

فإِنْ كَانَ عَلَى تلك الحالة حَتَّى يمضي أربعة أشهر فالفيء ما مَضَى، وسقط

(١) المسألة كلها من كِتَاب الإيلاء، ونلاحظ تقديماً وتأخيراً فِي عديد من المسائل بين النسخ.
(٢) فِي الأصل فئه إليها.

الإيلاء، وَإِنَ قربها كفّر، وَإِنَ قدر فِي الأربعة الأشهر عَلَى الجماع بطل الفيء الَّذِي كَانَ مِنْـهُ[1]، وَلَمْ يمكن فيئه إِلَّا الجماع، وَهَذَا عندنا، وَقَالَ الشـافعي ﷺ: لَا فيء إِلَّا بالجماع، وَقَدْ ذهب إِلَيْهِ الطَّحَاوِيُّ، وَاحْتَجَّ بإجماع الصحابة عَلَى أَنَّ الفيء هُوَ الجماع، ولأَنَّ الحنث لَا يثبت باللسان، وَلَوْ كَانَ فيئاً لكان حنثاً.

ولنـا: أنَّ حكم الفيء مفـارق حكم الحنث فِي الإيلاء، مـن قبل أن الطلاق يتعلق ببره والكفارة تتعلق بحنثه، وهما متفارقان.

أَلَا تَرَى أَنَّ من آلى من أجنبية ثُمَّ تَزَوَّجَهَا حنث إِذَا قربها، وَلَمْ يتعلق الطلاق ببـره، والذمي إِذَا آلى يلزمـه الكفارة إِذَا قربها بحال، ولزمـه الطلاق ببره عندنا، وَهَـذَا لِأَنَّهُ يمين من حيـث وجدت صيغة الإيمان، وَإِنَّمَا جَعَـلَ طلاقاً لِأَنَّهُ ظلم بالْمَـرْأَة، وَإِنَّمَـا يصير ظالماً فِي منعـه حقها تعذر حقها فَصَارَ ظالمـاً، فَإِذَا عجز عـن الجماع لَمْ يَكُـنْ ظلمه يمنعه، وَإِنَّمَا يكون ظلم بـالأذى بذكر المنع والفيء حنـث من حيث أَنَّ العقد يميـنٌ والتوبة من حيث هُوَ ظلـم، والتوبة عَلَى مقدار الظلم، فَصَارَ الفيء باللسـان نقضاً لظلمه ونزوعاً عَنْـهُ، فصلح فيئاً، فبطلت عن البر صفة الظلم، فبقيت يميناً بلا ظلم بِمَنْزِلَةِ ما قلناه فِي الإيلاء الَّذِي سـبق عقد النـكاح، وَلَهُذا قلنـا إِذَا قربها كفر يمينه لبقاء الْيَمِين، لِأَنَّ بـرّه حقيقة الوطء لِأَنَّ الْيَمِين تعتمد احتمال وجود البر، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ صَارَ هَذَا الفيء خلفاً عن الفيء الأصلـي باعتبار حاله، فتعلق صحته بشـرط[2] عدم الأصل فِي مدة الحكم بهذا الخلف وَهُوَ مدة الإيلاء.

---

(١) باللفظ.

(٢) فِي الأصل لشرط، فلينظر.

فإن قدر عَلَى الأصل قبل الفراغ عن حكمه بطل الحلف، وَإِنَ تمت المدة مع العجـز فَقَدْ أمضى حكم الخلف فَلَا يبطل مِنْ بَعْدِ، ومثاله متيممٌ أصاب الماء قبل الفراغ من الصَّلَاة أَوْ بعد الفراغ مِنْهَا، وصغيرة حاضت فِي العِدَّةِ أَوْ بعد انقضائها.

[بَابٌ فِي الأَكْفَاءِ]

٤٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَـالَ فِي قُرَيشٍ: بَعْضُهُم أَكْفَـاءٌ لِبعَضٍ، وَالمَوالِي مَنْ كَانَ لَهُ أَبَوانِ فَصَاعِـدَاً بَعْضُهُم أَكُفَّاءٌ لِبَعْضٍ، وَلَا يَكُونُ كُفؤاً فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَجِدَ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ.

وأصله أنَّ الكفاءة معتبرةٌ فِي الرِّجَال للنسـاء، للزوم النكاح عندنا، لِأَنَّ السنة تواترت بِهِ، ولأنَّ أغراض النكاح لَا تسلم إِلَّا بِهِ.

وإنَّما تعتبر الكفاءة فِي أشـياء مِنْهُ: النَّسـب، لما روي عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (إِنَّ اللهَ اخْتَارَ مِن النَّاس الْعَرَب، ومِنَ العَرَبِ قُرَيشَاً، واخْتَارَ مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِم، وَاخْتَارَنِي مِنْ بَنِي هَاشِـم ولَا فَخْـرٍ)[1]، وغير المختار، وَلَا يماثل المختار، إِلَّا أَنَّ

---

(١) رواه البيهقي فِي الشـعب برقـم/ ١٣٩٣/ ، والطبراني فِي الكبيـر برقم/ ١٣٦٥٠/ ، وَفِي الأوسط برقم/ ٦١٨٢/ .

ولفظه (إِنَّ الله خلق السماوات سبعا واختار العلى مِنْهَا فأسكنها من شاء من خلقه ثم خلق الخلق فاختار من خلقه بنى آدم واختار من بنى آدم العرب واختار من مضر قريشـا واختار من قريش بنى هاشم واختارني من بنى هاشم فأنا خيار إِلَى خيار فمن أحب العرب فبحبى أحبهم ومن أبغض العرب فببغضي أبغضهم)

والحاكـم برقم/ ٦٩٩٦/ ، والعقيلي فِي الضعفاء الكبير برقم/ ٢١٩١/ بلفظ (إن الله اختار العرب فاختار منهم كنانة أَوْ النضر بن كنانة ثم اختار منهم قريش ثم اختار منهم بنى هاشم ثـم اختارني من بنى هاشـم فأنا خيار من خيار إِلَى خيـار فمن أحب العرب فبحبى أحبهم ومن أبغض العرب فببغضي أبغضهم).

قريشـاً بعضهم أكفاء لبعض، والعرب أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل، أي لَا يعتبر نسبهم.

[مطلب: الأئمة من قريش]

وَقَالَ: (الْأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ)[1]، وَقَدْ كَانَ أبو بكر وعمر وعثمان ﭫ سـابقين فِي الخلافة بإجماع الْمُسْـلِمِينَ، وَقَـدْ كَانَ عثمان فِي المصاهرة مثل علي، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ من بني هاشم.

وَإِذا تزوجت هاشـمية قرشـياً لَمْ يُردَّ عقدها، وَإِذا تزوجت عربياً غير قريش فللأولياء حق الرد.

وَإِنَ تزوجت عربية لطيء فَلَيْسَ للأولياء حق الرد، إِلَّا بني باهلة فإِنَّهم ليسوا بأكفاء لعامة العرب لخساستهم.

فأمَّـا الموالي فمن كَانَ منهم لَهُ أبوان فصاعداً أي فِي الْإِسْـلَامِ والحرية فهم سـواء، وَلَا تعتبر الزيادة، حَتَّى أَنَّ امرأة من الموالي لو تزوجت رَجُلاً لَهُ أبوان فِي الْإِسْـلَامِ والحرية، وَلَهُا آباء لَمْ يعترض عَلَـى عقدها، لِأَنَّ التعريف يقع بالأبوين، فَلَا يعتبر الفضل عَلَى ذَلِكَ كما لَا يعتبر فِي الشهادات.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ تزوجت معتقاً أَوْ من قَدْ أَسْلَمَ بعد كفره لَمْ يَكُنْ كفواً لَهَا، لِأَنَّ مفاخرة العجم بِالْإِسْلَامِ والحرية، فإِنْ كَانَ للزوج أب واحد كفؤاً لِامْرَأَةٍ لَهَا أبوان، وعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﬔ أَنَّهُ ألحق الواحد بالمثنى، كما قَالَ فِي التعريف.

---

(١) رواه أحمد برقم/ ١٢٩٠٠/ ، والبيهقي فِي الصغرى برقم/ ٣١٩٩/ ، وأبو يعلى/ ٣٦٤٤/ .

[مطلب: في الكفاءة في الحرف]

وتُعتبـر الكفاءة فِي الحرف عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّـد ﷺ، لِأَنَّهُ مِمَّا يتفاخر بِهِ الناس، وَلَمْ يرد النهي عَنْهُ شرعاً.

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: هَذَا امرٌ غير لازم، فَـلَا يعتبر إِلَّا أن يفحش كالحائك والحجـام، ويعتبر فِي الْمَـال عندهما حَتَّى أنَّ القادر عَلَى المهـر والنفقة لَا يَكُون كفؤاً لِامْرَأَةٍ فائقة فِي اليسار، لِأَنَّ التفاخر واقعٌ مِنْ غَيْرِ نهيٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: لَا ثبات لهذه الجملة، فَلَا يصلح اعتبارها بالنسب، ويعتبر فِي الدين عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ.

حَتَّـى أنَّ امرأةً من بنـات الصالحين لو نكحـت رَجُلَاً من أَهْل الفسـق كَانَ للأوليـاء حق الرد، لِأَنَّ التفاخر بِهِ أحق المفاخر وأولاهـا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: هَذِهِ من الأمور الآخرة فَلَا يعتبر فِي الكفاءة إِلَّا شَـيْئاً فاحشـاً مثل رجل يصفع ويسخر مِنْهُ بين أَهْل الفسق.

[مطلب: لا كفاءة في المهر والنفقة]

وَلَا كفاءة إِلَّا بالمهر والنفقة، حَتَّى أنَّ العاجز عَنْهَا لَا يَكُون كفؤاً أَيْضاً.

فأمَّـا المهر فبـدل البضع، فَلَا بُدَّ من تسـليمه، وَإِنَّمَا يشـترط القدرة عَلَى ما يتعارف تعجيله استحساناً.

وَأَمَّـا النفقة ففيها قوام النـكاح ودوام الازدواج، فإِنْ كَانَ الـزَّوْج قادراً عَلَى المهـر بيسـار أبيه أَوْ جده أَوْ أمه أَوْ جدته عادة، كَانَ كفـؤاً، كما قلنا فِي أداء الزَّكَاة إِلَى ولد الغني أنه لَا يصح استحسـاناً فِي أصح الروايتين عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَهُوَ قولَهُما لما قلنا استحساناً.

وَأَمَّا العجز عن النفقة فَلَا يسقط بيسار الأب فِي العادات لِأَنَّ الآباء يتحملون المهور فأمَّا النفقة الزائدة فَلَا.

٤٠٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِأَقَلَّ مِـنْ مَهْرِ مِثْلِهَا فَـأَبَى الأَوْلِياءُ؛ قَالَ: فَلَهُم أَنْ يَبْلُغوا بِهَا مَهْـرَ مِثْلِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَيْسَ لَهُم ذَلِكَ.

وقول أَبِي يُوسُفَ ﵀: صحيحٌ عَلَى ظاهر الجواب، لِأَنَّ نكاح الحرة صحيحٌ بِغَيْرِ وليٍّ عنده.

فأمَّا عند محمَّد ﵀ فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ عقدها لَمْ يتصور الاعتراض، وصورة قولَهُ فِي مسألة ذكرها فِي كِتَاب الإكراه، إِذَا أكره الولي الْمَرْأَة عَلَى النكاح ثُمَّ زال الإكراه بعد العقد، والزوج غير كفؤ للولي أن يرده وللمرأة أن ترده، فَأَيُّهُمَا رضي لَمْ يبطل حـق الآخر، فإِنْ كَانَ كفؤاً والمهر قاصراً فللمرأة أن ترده، فإن رضيت فللولي رده عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَيْسَ لَهُ أن يرده.

وجـه قولَهُمـا: إنَّ وجوب المهر للشـرع، وللمـرأة فِيهِ حق أَيْضَـاً لِأَنَّهُ بدل بضعها، ومن حيث هُوَ حق الشـرع مقضياً لِأَنَّهُ لَا يحتمل العدم لكن يحتمل الحط إِلَى العشرة[1] من حيث هُوَ حق الْمَرْأَة صحَّ الحط برضاها.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ غلاء المهر يعد شرفاً فِي القبائل وَلَمْ يرد الشرع بالنهي عَنْهُ فعدَّ من أسـباب الكفاءة، لَا لنقصان فِي النَّسب، فَإِنَّهُ يستحب فِي الدين الرضا

(١) عشرة دَرَاهِمَ وَهُوَ أقل المهر.

بالوضيع فِي النسب عند شرف الدين والعلم، كما يندب النقصان فِي المهر، ومع هَذَا بقي محسوباً فِي الكفاءة حكماً فَكَذَلِكَ هاهنا.

٤٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَتَزَوجُ الْمَرْأَةَ والصَّبِيةَ الرَضِيعَةَ[١] فَلَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَىَ تُرضِعَ الكبيرةُ الصغيرةَ، [وَهِيَ][٢] تعلم أَنَّ الصَغِيرَةَ امْرَأَتُهُ أَيْضَاً؛ قَالَ: فعَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ لِلصَّغِيرَةِ، ويرجع بِهِ عَلَى الكَبِيرَةِ، وَلَا شيء لَهَا فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً.

أَمَّا فساد نكاحهما فظاهر لأَنهما صارتا أمّا وبنتاً، وَأَمَّا بطلان مهر الكبيرة فلأنَّ الفرقة جاءت من جهتها قبل الدُّخُول بِهَا، وَأَمَّا وجوب نصف المهر للصغيرة فلأنَّ فرقتها وَقَعَتْ من جهة غيرها.

وَأَمَّا الكلام فِي الرجوع بنصف مهر للصغيرة، فإن لَمْ تعلم الكبيرة بنكاح الصغيرة أَوْ علمت وإنَّها قصدت رد الجوع والهلاك عن الصغيرة دون فساد النكاح لَمْ تضمن شَيْئاً، لِأَنَّ الإرضاع لَيْسَ بمباشرة لإبطال النكاح، وَإِنَّمَا هُوَ تسبب، وتضمين التسبب يبتني عَلَى صفة التعدي بخلاف المباشرة.

أَلَا تَرَى أَنَّ من حفر بئراً فِي دَارِهِ لَمْ يَضْمَنْ ما وقع فِيهَا، وَلَوْ رمى سهماً فِي دَارِهِ ضَمِنَ ما أصابه؛

لِأَنَّ المباشرة علة وضعاً، فَلَا يبطل حكمه بالعذر.

---

(١) في ج الرضيع

(٢) الإضافة مني

فأمَّا التسبب فَلَيْسَ بعلة، وَإِنَّمَا يجعل علة صيانة للحكم عن الهدر، وَإِنَّمَا يستقيم ذَلِكَ إِذَا صلح علة لضمان العدوان.

وَإِنَ علمت بالنكاح، وَلَمْ تعلم بفساده لَمْ تغرم أَيْضاً، وإِنْ كَانَ [الجهل][1] بحكم الشرع لَا يعتبر عذراً فِي دار الْإِسْلَام، لكنا لَمْ نعتبره لرفع حكمه وَإِنَّمَا اعتبرناه لدفع قصد الفساد الَّذِي بِهِ يصير الفعل، وَهَذَا لَا شبهة فِيهِ، وَإِنَّمَا تضمن فِي وجه، وَلَا تضمن فِي ثَلَاثَة أوجه.

٤٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي ذميٍّ تَزَوَّجَ ذمية عَلَى خمرٍ يعينها فَلَمْ يَدْفَعَهَا إِلَيهَا حَتَّى أَسْلَمَا، أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا؛ فَلَيْسَ لَهَا غيرهَا، وَكَذَلِكَ لو تَزَوَّجَهَا عَلَى خِنْزِيرٍ بِعَيْنِهِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَهَا قِيمَةُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعاً.

٤٠٦- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فِي ذِمِّيٍّ تزوج ذمية عَلَى خَمْرٍ بِغَيْرِ عَيْنِهَا، ثُمَّ أَسْلَمَا، أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَلَهَا قِيمَةُ ذَلِكَ. وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خِنْزِيرٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ أَسْلَمَا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَهَا قِيمَةُ ذَلِكَ كله جَمِيْعاً، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فِي العَينِ وَغَيرِ العَينِ.

أَمَّا الكلام فوجه قولَهُما: إِنَّ قبض المهر المعين مولّد للملك فيمنع فِي الخمر والخنزير، بسبب الْإِسْلَام كقبض المبيع.

---

(١) الإضافة مني.

بيانــه: أنَّ المهــر إِذَا هَلَكَ عند الزَّوْج كَانَ الهلاك عَلَيْــهِ، وكان العيب كَذَلِكَ عَلَيْــهِ، فَإِذَا حصل ذَلِكَ بعد التســليم كَانَ العيب والهلاك عَلَيْهَا، فَصَارَ للقبض من هَذَا الوجه شبه بابتداء الملك.

ولأَبِــي حَنِيفَةَ رضي الله عنه أنَّ ملك الْمَــرْأَة فِي مهر العين تام قبل القبض، لِأَنَّ الملك ضربــان: ملك رقبة، وملك تصرف، وكل ذَلِكَ حاصل، وَإِنَّمَا بقي مجرد اليد، وَلَا عبرة بِالْيَدِ، وَلَا بَأْسَ بِهِ بعد الْإِسْــلَام إِذَا لَمْ يتضمــن ملكاً، فَإِنَّهُ بصفة الملك صَارَ ممنوعاً بِالْإِسْــلَامِ، وَبِهِ يأخذ شبهاً بابتداء الشراء، أَلَا تَرَى أَنَّ المغصوبَ مِنْهُ خمرٌ إِذَا أَسْــلَمَ لَمْ يُمنع من اســترداها، وَكَذَلِكَ الخنزير لِأَنَّهُ لَا يستفيد بِهِ تصرفاً، ولكن يزول بِهِ المانع عن التصرف.

وهاهنــا لَا يثبت بِهِ ملك، وَلَا يزول بِــهِ مانع، فالجواز أولى بِهِ، فإمَّا أن يصير إِلَى ضمانها فحق عَلَيْهَا فَلَا يثبت بِالْيَدِ بِذَلِكَ حكم التملك، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ ديناً بطل بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ نفس الدين يشبه ابتداء التمليك فَلَا إشكال فِي حق تملك العين.

ثُــمَّ قَالَ أَبُو يُوسُــفَ رضي الله عنه: لمــا كَانَ للتســليم حكم الابتداء، ألحقنــاه بابتداء التســليم بعد الْإِسْــلَام، وَذَلِكَ باطل، فوجب لَهُ مهر المثل، وَقَــالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: إِنَّ التســمية قَدْ صحت، وبالإسلام امتنع التسليم لشــبهه بالابتداء ففات التسليم بهذا المعنى، فأمَّا إن جَعَلَ مبتدئاً فَلَا، وَإِنَّمَا هَذَا مبطل للتســليم، فَإِذَا بطل التسليم صَارَ كهلاك المسمى، فوجب المصير إِلَى بدله.

أَلَا تَــرَى أَنَّ من ضرورة الابتداء يعتبر حكــم البضع، وَذَلِكَ باطل بِالْإِجْمَاعِ، وَقَــالَ أَبُو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: بهذا القيــاس فِي الخمر، وَقَالَ فِي الخنزير: يجب مهر المثل استحســاناً لَا قيمــة الخنزير، وكانت حكماً قبل الْإِسْــلَام مزاحمة للمســمى، فَإِذَا

جوزناها بعد الْإِسْلَام كَانَ لَهَا حكم بقاء الخنزير مِنْ وَجْهٍ، والإسلام يبطله، فأبطل ما شرع عند وجوده.

٤٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً، فَجَاءَ رَأْسَ الشَّهْرِ وَهُوَ مريضٌ ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي عِدَّتِهِ؛ قَالَ: لَا تَرِثُ.

ذكر هاهنا مسألة الفرار، قَالَ: هَذَا لَا يحل، إِمَّا أَنْ يَكُونَ التعليق فِي الصحة، والوقوع فِي المرض، أَوْ الكل فِي المرض، فإِنْ كَانَ الكل فِي المرض إِنْ كَانَ متعلقاً بأمر سماوي كمضي الشهر، أَوْ بفعل أَجْنَبِيّ، أَوْ بفعل الزَّوْج، صَارَ فارّاً إِذَا كَانَ ثَلَاثاً أَوْ بائناً لِأَنَّهُ باشر العلة فِي المرض، وإِنْ كَانَ معلقاً بفعلها، فإِنْ كَانَ أمراً لَهَا بدٌّ مِنْهُ[1] لَمْ يصر فارّاً، لِأَنَّهَا بمباشرة الشرط، صَارَتْ راضية، لِأَنَّ الوجود يضاف إِلَى الشرط.

فإنَّما ثبت الإرث بِمَا لَهُ شبه بالعدوان فبطل ما لَهُ شبه بالرضا، وإِنْ كَانَ أمراً لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ، وجب لَهَا الميراث لِأَنَّهُ لَا رضا مع الضرورة، وإِنْ كَانَ التعليق فِي حال الصحة والوقوع فِي مرض الموت، فإِنْ كَانَ معلقاً بأمر سماوي أَوْ بفعل الْمَرْأَة، لَمْ يجب الميراث لِأَنَّ الزَّوْج لَمْ يصنع فِي مرض الموت شَيْئاً، وإِنْ كَانَ التعليق بفعل نفسه صَارَ فارّاً سواء علق بفعل كَانَ مِنْهُ بد أَوْ لَا بد مِنْهُ.

إِمَّا إِذَا كَانَ مِنْهُ بدٌّ فلأنَّه باشر الشرط فِي مرض الموت فثبت بِهِ التعدي وَذَلِكَ كاف فِي هَذَا البَابِ.

---

(١) بأن كَانَ يمكنها تركه بلا حرج.

لما بينا أَنَّ أصله ثابتٌ لشـبهة العدوان، وإِنْ كَانَ لَا بُدَّ مِنْهُ فَكَذَلِكَ وَلَا يعتبر العـذر فِيهِ بخلاف جانب الْمَـرْأَة لِأَنَّهُ يحتاج فِي جانب الْمَـرْأَة إِلَى إثبات وصف الرضا، وَلَا رضا مع الاضطرار.

وهاهنا إِنَّمَـا يحتاج إِلَى إثبات العدوان صيانة، فحـق الْمَرْأَة وصفه العدوان إِنَّمَا ثبت لعصمة الحق، وإِنْ كَانَ للمعتدى عَلَيْهِ عذر كمن أتلف مال غيره ناسياً أَوْ خاطئاً أَوْ لحاجة، أَنَّهُ يضمن فَكَذَلِكَ هَذَا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ باختياره شـرع فِيهِ، فأَمَّا إِذَا كَانَ التعليق بفعل الْمَرْأَة، فإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ بد لَمْ يصر فارّاً، لِأَنَّهُ لو كَانَ فارّاً لبطل الفرار مِنْهُ، فكيف وَلَمْ يثبت الفرار؟

فأَمَّـا إِذَا كَانَ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ، صَارَ فارّاً عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﵄، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لَا يصير فاراً، لِأَنَّ كون الْمَرْأَة محتاجة يسـلب عَنْهَا الاختيار ويسـقط فعلهـا، فيصير بِمَنْزِلَةِ عدم فعلها وعدم فعلها لَا يجعـل الزَّوْج فاعلاً، وَلَا فرار إِلَّا بفعل من المريض.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﵄ أَنَّ الـزَّوْج اضطرها إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ أوقعها فِي الضـرورة بين أَنْ يَكُونَ عَلَيْهَا مأثماً، أَوْ يبطل حقها عن الميراث، وانتقل فعلها إِلَيْهِ بحكم الضرورة، قَالَ محمَّد ﵀: بهذا لَا يثبت النقل مِنْ غَيْرِ إلجاء.

وهمـا يقولان لما ثبتـت الضرورة ثبت فِيهَا شـبهة النقل وَذَلِـكَ كاف لهذا الحكـم، ولأَنَّ المريض لو طَلَّقَهَا فِـي مرضه ثَلَاثًاً رد طلاقها حكماً صيانة لحقها، فَـإِذَا علق بصلاتهـا أَوْ هُوَ من حقوقها عهدة لَمْ يَمْلِك ذَلِكَ، لِأَنَّ اسـتحقاق الحق ينافي لزوم العهدة، فجعـل كَانَ التكلم بالطلاق لو يوجد أصلاً دفعاً للعهدة عَنْهَا، وزاد فِـي هَذَا الطلاق الرجعي أَنَّهُ لَا يحرمها عن الميـراث بحال ما إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، لِأَنَّ النكاح باقٍ.

٤٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَهْرِ مِثْلِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا[1] قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا؛ قَالَ: لَهَا الْمُتْعَة.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، لِأَنَّ مهر المثل موجب فسـاد التسمية فَلَا يصلح تسميةً حكماً، كمن اشْتَرَى عَبْدَاً بقيمته، فإنَّ البيع يفسد لما قلنا فكذا هَذَا.

٤٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ جَامَعْتُكِ فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً، فجامَعَهَا فَلَمَّا التقَى الخِتَانَانِ لَبِثَ سَاعَةً؛ قَالَ: لَا مَهْـرَ عَلَيْهِ، وَإِنَ أَبَانَهُ عَنْهَا ثُمَّ أَدْخَلَهُ وَجَبَ الْمَهْرُ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: إِنْ جَامَعْتُكِ فَأَنتِ حُرَّةٌ.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَواصِّ، أَمَّـا إِذَا قَامَ، فإِنَّما لَمْ يجب المهر، وَقَـدْ طلقت الْمَرْأَة ثَلَاثَـاً، وعتقت الأمـة بنفس الالتقاء، لِأَنَّ البضع جَعَـلَ محترماً لَا يصاب إِلَّا بحد أَوْ مهـر، والـدوام عَلَيْهِ لَيْسَ بإصابـة لِأَنَّ هَذَا الفعل نظير الدُّخُـول، والدوام عَلَى الدُّخُول لَيْسَ بدخول، فَلَمْ يكن تعرضاً للبضع واستعمالها فَلَمْ يجب شيء.

وعَـنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ أَنَّهُ أوجب المهـر، وَإِذا كَانَ الطلاق رجعياً هل يصير بهذا مراجعاً؟

عَلَى قول أَبِي يُوسُـفَ ﷺ يصير مراجعاً لِأَنَّهُ مساسٌ لَا محالة، وَذَلِكَ قياس

---

(١) في د يطلقها قبل أن يدخل بها

مـا روى عَنْـهُ فِي إيجـاب المهر، وَأَمَّا محمَّـد رحمه الله فَقَدْ قَالَ: لَا يصيـر مراجعاً لما قلنـا إنَّ هَذَا الـدوام لَيْسَ بتعرض للبضع، وَأَمَّا إِذَا انتزع ثُـمَّ ابتدأ الفعل فَإِنَّهُ يلزمه المهر لِأَنَّهُ مبتدئ للاستعمال، وَهَذَا لَا شبهة فِيهِ، لكن لَا يجب الحد لِأَنَّ المجلس واحدٌ، والمقصود واحدٌ، فثبت لَهُ شبه الاتحاد.

٤١٠- وعن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ لَمْ أَتَزَوجْ عَلَيْكِ فَأَنْتِ طَالِـقٌ ثَلَاثاً، فمَاتَ قَبْلَ أَنْ يتزوج عَلَيْهَا وَقَدْ دَخَلَ بِهَا طلقت ثَلَاثَـاً وترثـه.

لِأَنَّ الطلاق وقع آخر جزء حياته، فوجب ثبوت الفرار لما سـبق فِي نظائره، قَالَ: وعَلَيْهَا أن تعتد أربعة أشـهر وعشـراً سـتكمل فِيهَا ثلاث حيض، فتعتد بأبعد الأجلين عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله.

وعند أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله تعتد بثلاث حيض، لِأَنَّ النكاح منقطع.، أَلَا تَرَى أنَّها لو حاضت ثلاث حيض قبل الموت انقضت بِهِ العدة؟

ولأَبِـي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله أَنَّ النكاح فِي حكـم الميراث باقٍ نظراً لَهَا، فَكَانَ مـن ضرورة بقائه وجوب عدة الوفـاة، لِأَنَّ النكاح إِذَا بقي إِلَى المـوت لَمْ يَنْقَطِعْ بنفس الموت، إِلَّا بمضي مدة العدة، والعدة بنيت عَلَى الاحتياط.

٤١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـتَرِي الْجَارِيَة من الرَّجُل فَلَا يَقْبِضُهَا حَتَّى تَحِيضَ؛ قَالَ: عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ.

لِأَنَّ الاسـتبراء فِي الشـرع دائرٌ عَلَى اسـتحداث حل الوطء بملـك الْيَمِين، لِأَنَّ الاسـتبراء يكـون حين يبتدأ شـغل آخر، واعتبر تجدد الملـك لَا حقيقة الماء

لمـا عرف، وَإِنَّمَا يثبت حل الـوطء عند القبض، فأمَّا فِي يَـدِ البَائِع فَلَا يحل لقيام يـده، وَقَالَ[1]: عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي الخليـة والبرية والبائن والبتة والحرام أنَّ نية الثَّلَاث تصح، وعند نية الطلاق بلا عدد يقع وَاحِدَة بائنة لما ذكرنا أنَّ هَذِهِ الألفاظ موضوعة للقطع والتحريم، وَذَلِكَ نوعان قاصرٌ وكاملٌ.

ولكل نـوع مقتضى فصح التمييـز ووجب الأدنى عند الإطـلاق، قَالَ: وَلَوْ قَالَ لَهَا: اعتدي فأي طلاق نَوَى فَهِيَ وَاحِدَة رجعية، لِأَنَّهَا لَيْسَـتْ موضوعة للقطع والتحريم، وَإِنَّمَا يثبت بِهَا الطلاق بعد الدُّخُول اقتضاء، وقبله استعارة عن الطلاق.

٤١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَجْعَلُ[2] أَمَرَ امْرَأَتِهِ بِيدِهَا أَوْ يُخَيِّرُهَا؛ قَالَ: لَهَا الْخِيَارُ مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِـهَا، وَإِنَ مَكَثَ يَوْمَاً مَا لَمْ يأخذ فِي شُغْلٍ أَوْ يَقُوم.

وَهَذَا فصلٌ معـروفٌ، وَقَدْ زَادَ فِي الْكِتَاب امتداد المجلس يوماً، وَإِنَّمَا معناه أن لَا يشتغل بِشَيْءٍ من أعمال الدين والدنيا ارتفاقاً بحالها، وَذَلِكَ لإجماع الصحابة أنَّ للمخيرة المجلس.

وَقَالَ أبو عبيد القاسـم بن سـلام[3]: لَا أعمل بإجماع الصحابة عَلَى مخالفة

(١) المسألة لَيْسَتْ فِي محلها.

(٢) في ج جعل

(٣) أبو عبيد (١٥٧ - ٢٢٤هـ) القاسم بن سلام الهروي الأزدي الخزاعي، بالولاء، الخراساني البغـدادي، أبو عبيد، من كبار العلماء بالحديث والادب والفقه، من أَهْل هراة، ولد وتعلم بِهَا، وكان مؤدبا، ورحل إِلَى بغداد فولي. الوافي ٢٤/ ٩١، والسير ١٠/ ١٤٩

سـنة رسول الله ﷺ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ لعائشة رضي الله عنها فِي أَمَرَ الدنيا والآخرة: إني مخيرك بأمـر وَلَا تجيبيني حَتَّى تسـتأمري أبويك، فَقَدْ أثبت لَهَـا الخيار بعد المجلس إِلَى غاية الاستئمار.

والجـواب أنَّ الله أثبت لرسـول الله ﷺ حق التخيير، وكان لرسـول الله ﷺ كيفية التخيير إِنْ شَـاءَ مطلقاً، وَإِنْ شَـاءَ مؤقتـاً عَلَى ما يرى، فَلَمَّا أَمَرَ عَائِشَـة رضي الله عنها بالإسـتئمار فَقَدْ أثبـت لَهَا الخيار ممتـداً إِلَى غاية الاسـتئمار، فَلَمَّا اختارت أحد الأمرين سقط خيارها، فَصَارَ أبو عبيد تاركاً للإجماع بلا دليل، مع أنَّ إحسان الظنِّ بهم فرضٌ لأَنَّا إِنَّمَا تلقينا الشريعة منهم.

قَـالَ: وإِنْ كَانَـتْ قائمة فقعدت فَهِـيَ عَلَى خيارها، لِأَنَّ ذَلِـكَ دليل الاقبال دون الإعراض، وَذَلِكَ عادة من أراد أن يسـتجمع الرأي، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قاعدة فاتـكأت، أَوْ كَانَتْ متكئـة فقعدت، أَمَّا قعـود المتكئ فدليل الإقبـال، وَأَمَّا اتكاء القاعـد فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ الاتكاء هُوَ الاسـتناد ليتمكن من الرأي، وَذَلِكَ معهودٌ أَيْضاً، وإِنْ كَانَتْ تسير عَلَى دابة فوقفت فلَهَا الْخِيَارُ، لِأَنَّ المجلس لَمْ يتبدل، وَإِنَ سارت بطل خيارها لتبدل المجلس.

وَكَذَلِكَ المحمل، وَهُوَ من الخواص.

والسـفينة كالبيت لِأَنَّ سـير السـفينة لَا يضاف إِلَى راكبها، لِأَنَّهَا لَا تسـاق، وَلَيْـسَ الماء والريح بيد أحد، قَـالَ الله تَعَالَى: ﴿وَهِىَ تَجْرِى بِهِمْ فِى مَوْجٍ كَٱلْجِبَالِ﴾ [هود: ٤٢]، وَكَذَلِكَ حكمها فِي سجود التلاوة واستقبال القبلة.

قَـالَ: وإِنْ كَانَـتْ فِـي مجلس فَقَالَـتْ: ادعوا إِلَى أبي استشـيره، أَوْ شـهود لأشـهدهم فَهِيَ عَلَى خيارها، لِأَنَّ هَذَا من أسباب الاختيار، وقولَهُ: (فوقفت) من الخواص، وَكَذَلِكَ استشارة الأب.

٤١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْمَرْأَةِ تَخْتَلِعُ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى أَكْثَرَ مِنَ الْمَهْرِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ؛ قَالَ: جَائِزٌ إِذَا جَاءَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهَا.

وإِنْ كَانَ النشــوز من قبله كره لَهُ ذَلِكَ كله، وَهُوَ جائز فِي الْقَضَاءِ، أَمَّا إِذَا كَانَ النشــوز من جهته كره لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَــيْئاً قل أَوْ كثر، لقولَهُ تَعالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النِّسَـاء: ٢٠]، وَهَذَا نَصٌّ واضحٌ، وَقَدْ ســلم لَهُ المعقود عَلَيْهِ بكماله، وكان القياس فِي ذَلِكَ أن لَا يأخذ مِنْهَا شَيْئاً.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ النشوز من جهتها فَلَا بَأْسَ بأن يأخذ مهرها الَّذِي قبضته مِنْهُ، أَوْ يأخذ مثل ذَلِكَ، لما روي أَنَّ امرأة ثابت بن قيس بن شــماس ﵄ أتت رســول الله ﷺ فَقَالَــتْ: يا رســول الله لَا أنا وَلَا ثابــت، فَقَالَ النَّبي ﷺ: (أتردِّيــن حدَّ تعبه)، فَقَالَتْ: نَعَمْ وزيادة، فَقَالَ: (أَمَّا الزيادة فَلَا)(١)

فصح أن لَا بَأْسَ بِهِ، وَأَمَّا الزيادة فَلَا [بأس](٢) بِهَا فِي هَذِهِ الرواية.

وَفِي رواية الأصل: يكره لقولَهُ ﵇: (أَمَّا الزيادة فَلَا)، وجه هَذِهِ الرواية أَنَّ الله تَعَالَــى قَــالَ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]،

---

(١) الحديث عنِ ابنِ عبّاسٍ، أنَّ امرأةَ ثابتِ بنِ قيسٍ أتتِ النّبي ﷺ، فقالتْ: يا رسولَ اللهِ، ثابتُ بنُ قيسٍ ما أعتبُ عَلَيْهِ فِي خلقٍ، وَلَا دينٍ، ولكنّي أكرهُ الكفرَ فِي الإِسْـلَام، قالَ رسولُ اللهِ ﷺ: أتردّينَ عَلَيْهِ حديقتهُ؟ قالتْ: نَعَمْ قالَ رسولُ اللهِ ﷺ: اقبلِ الحديقةَ، وطلّقها تطليقةً)، رواه البخاري برقم/ ٤٩٧١/ .

(٢) الزيادة مني.

ولأنَّ اختيــار الخلع أَمَـرَ مكروه، قَالَ النَّبــي ﷺ فِي المختلعــات: (من اللعينات الْمُنَافِقَـاتُ)[1]، فأطلقنا الزيادة رجـاء أن يصدها عن ذَلِكَ، وأبطلنا أَخَذَ الكل عند نشوزه لعله يصده عن ذَلِكَ، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (لَعَنَ اللهُ كُلَّ ذَوَّاقٍ مِطْلَاقٍ)[2].

وذكـر هاهنا فِي الظهار[3]: أنت مثلُ أمي كقولَهُ كأمي، وأنت عليَّ حرام مثلُ ظهر أمي كقولَهُ كظهر أمي عَلَى ما سبق.

٤١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: الطَّـلَاقُ بِالرِّجَالِ، وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ.

وَقَالَ الشافعي ﷺ: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء يريد بِهِ إِذَا كَانَ الزَّوْج حراً كَانَ الطلاق ثَلَاثاً وإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَة أمة، وإِنْ كَانَ [الزَّوجُ][4] عَبْدَاً كَانَ الطلاق ثِنْتَيْنِ وإِنْ كَانَــتْ الْمَرْأَة حرةً، وجوابنا خلاف ذَلِكَ وعكســه، وَاحْتَجَّ بأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ:

(١) لفظ الحديث (إنَّ المختلعاتِ هنَّ المنافقاتُ) رواه البزار فِي مسنده برقم/ ٤١٦١/ واللفظ لَهُ، والبيهقي برقم/ ٥٥٠٣/ مع بعض الزيادة فِي الحديث.

(٢) لفظ الحديث (عنْ شـهرِ بنِ حوشـبٍ قالَ: تزوّجَ رجلٌ امرأةً عَلَى عهدِ النّبي ﷺ فطلّقها فقــالَ لــهُ النّبي ﷺ: طلّقتهــا؟ قَالَ: نَعَمْ، قالَ: مــنْ بأسٍ؟ قالَ: لَا يا رســولَ اللهِ، ثمَّ تزوّجَ أُخْـرَى، ثمَّ طَلَّقَهَا فقالَ لهُ رســولُ اللهِ ﷺ: طلّقتها؟ قَالَ: نَعَمْ، قــالَ: منْ بأسٍ؟ قالَ: لَا يا رسولَ اللهِ، ثمَّ تزوّجَ أُخرَى، ثمَّ طَلَّقَهَا فقالَ لهُ رسولُ اللهِ ﷺ: أطلّقتها؟ قَالَ: نَعَمْ، قالَ: منْ بأسٍ؟ قالَ: لَا يا رســولَ اللهِ ﷺ فقالَ رسولُ اللهِ ﷺ فِي الثّالثةِ: (إنَّ اللهَ لَا يحبُّ كلَّ ذوّاقٍ منَ الرّجالِ ولَا كلَّ ذوّاقةٍ منَ النّساءِ) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ١٩٥٣٦/ .

(٣) المسألة فِي غَيْرِ موضعها.

(٤) من ج

(الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ)[1]، ولأَنَّ الطلاق عبارة عن المملوكية من جانب النِّسَاء، والمالكية من جانب الرِّجَال، وبالرق تزداد مملوكية الْمَرْأَة، وبالحرية تزداد مالكيــة الرَّجُل وتنقص بالــرق، ولَا يَجُوزُ أن تزداد المملوكيــة بالحرية، وتنتقص المملوكية بالرق.

ولأصحابنا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ)[2]، ولأَنَّ الاختــلاف واقعٌ فِي مقدار المملوك وَهُوَ الطلاق، وَإِنَّمَا يعرف مقداره من اتســاع محله وضيقه، وبحرية الْمَرْأَة يتسع حلها، وبرقها يضيق كما فِي جانب العدة.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرق من أسباب الضيق بِالْإِجْمَاعِ، والحر يَمْلِك عَلَى أربع حرائر ثنتي عشــرة تطليقة، فوجب أن يَمْلِك العَبْد بهن نصفه، والعبد يَمْلِك عَلَى الأمتين أَرْبَعَــاً فوجب أن يتضاعــف ملك الحر عَلَى أربع إماء بضعفه، فأَمَّــا أن يزداد عَلَيْهِ أمثاله فَلَا.

وقولَهُ ﷺ: (الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ) أي بهم وجوده.

٤١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: طَلِّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثَاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً؛ قَالَ: هِيَ طَالِقٌ وَاحِدَةً.

لِأَنَّهُ فوض إليها الثَّلَاث وَلَيْسَ فِيهِ شرط الجمع، وَهِيَ تتصرف بحكم الملك،

(١) الحديث موقوف عَلَى صحابي، لَمْ يرفعه أحد إِلَى النَّبي ﷺ.

رواه ابن أبي شيبة برقم/ ١٨٥٥٨/، والبيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١٤٩٤٠/، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٩٦٧٩/

(٢) رواه البيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١٥٥٦٣/.

وَلَيْسَ فِيهِ شـرط الجمع لِأَنَّهُ مطلق، فصح مِنْهَا فعل البعض، قَالَ: وَلَوْ قَالَ: طلقي نفسـك وَاحِدَة، فَقَالَتْ: طلقت نَفْسِي ثَلَاثاً لَمْ يقع عَلَيْهَا شيء عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يقع عَلَيْهَا وَاحِدَة، لِأَنَّ الزَّوْج فوض إليها الواحدة، وَقَدْ أَمَرَ بالواحدة والزيادة، فصح.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ فِي كلامه الإفراد بالواحدة، وَلَا وَاحِدَة مضمومة إِلَى غيرها، ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﵀ أنها لَمْ تـأت بِمَا أمرت بَلْ خالفـت، لِأَنَّ الثَّلَاث غير الواحدة، وَهَذَا لَا شـبهة فِيهِ، والواحدة من الثلاثة لَمْ تثبـت أَيْضاً، لِأَنَّهَا قائمة بهذه الجملة، وَلَـمْ تثبـت الجملة، فَلَا يثبـت ما يقوم بِهَـا لِأَنَّ المتضمن مَتَى لَـمْ يثبت لَمْ يثبت المضمون.

كمن شـهد عَلَيْهِ شـاهد أَنَّهُ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أنت خليةٌ، وشهد آخر أَنَّهُ قَالَ: أنت بريـةٌ وَذَلِكَ فِي حال مذاكرة الطـلاق أَنَّهُ لَا يَقْضِي بِشَـيْءٍ لِأَنَّ المتضمن لَمْ يثبت فبطل طلب الموافقة بالمضمون، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَلَوْ قَالَ لَهَا: طلقي نفسك ثَلَاثاً إن شئت، فطلقت نفسها وَاحِدَة، قَالَ: باطلٌ، لِأَنَّ الكل معلقٌ بمشيئة الكل، فَصَارَ كل وَاحِدَة من الطلقات معلقة بمشيئة الثَّلَاث وَلَمْ يوجد.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ لَهَا: طلقي نفسك وَاحِدَة إن شئت، فطلقت نفسها ثَلَاثاً أَنَّ ذَلِكَ عَلَى الاختلاف لِأَنَّ الشـرط قَدْ وجد هاهنا وزيادة عَلَى ما ذكرنا، وعند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ لَا يقع لما قلنا من التضمين.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ لَهَا: أمرك بيدك ينوي ثَلَاثاً، فَقَالَتْ: اخترت نَفْسِي بواحدة فَهِيَ ثلاث، لِأَنَّ الاختيار يصلح جواباً لِلْآمِرِ بِالْيَدِ من قبل أن ذَلِكَ جَعَلَ جواباً للتمليك

بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا تمليك فَكَانَ عملاً بنفس الْإِجْمَاع.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ: طلقت نَفْسِي بواحدة، فَهِيَ طالق وَاحِدَة، لِأَنَّ الواحدة نعت فيقتضي مصدراً محذوفاً، فوجب إثباته عَلَى موافقة الفعل، فأثبتنا فِي الْأُولَى الاختيارة، وَفِي هَذِهِ التطليقة أَوْ الطلقة، وَكَذَلِكَ اخترت نَفْسِي بتطليقة.

٤١٦- وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى ألف، أنَّها لَا تطلق حَتَّى تقبل الألف، فَإِذَا قبلت فَهِيَ طالق وَاحِدَة بائنة، وَعَلَيْهَا الألف.

لِأَنَّ هَذَا ايجاب معاوضة فتوقف عَلَى القبول، وصار الطلاق بائناً، قَالَ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وعليك ألف فَهِيَ طالقة تطليقة رجعية وَلَا شيء عَلَيْهَا يريد بِهِ وَإِنَ قبلت أَوْ لَمْ تقبل، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي العتاق، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هُمَا سواء، والألف واجبة عَلَى العَبْدِ، وَعَلَى الْمَرْأَة فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً، لِأَنَّ هَذَا الكلام يستعمل فِي موضع المعاوضة.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّجُل إِذَا قَالَ لآخر: احمل هَذَا المتاع إِلَى منزلي ولك دِرْهَم، كَانَ مثل قولَهُ بدرهم، وَذَلِكَ لِأَنَّ الواو تصلح للحال فيصير شرطاً وعوضاً عند دلالة المعاوضة، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله إنَّ قولَهُ عليك ألف جملةٌ تامةٌ فَلَا يجعل متصلاً بِمَا قبله إِلَّا بدلالة المعاوضة وَلَمْ يوجد، لِأَنَّ الطلاق شرع بمالٍ وبغير مال بخلاف ما إِذَا استعمل فِي موضع المعاوضة، لِأَنَّ ما شرع إِلَّا معاوضة غالباً فصلح دلالة، ودعوى الحال باطلةٌ، لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بموضع الحال.

وَقَالَ: فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ لعبده أنت حر بألف، أَنَّهُ مثل قولَهُ عَلَى ألف، وَهَذَا أوضح.

وَقَالَ: فِيمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً فِي مرضه ثُمَّ برأ ثُمَّ يموت وَهِيَ فِي العِدَّةِ، أنَّها لَا ترث، وَهَذَا أوضح أَيْضاً لِأَنَّ المرض الَّذِي يتعلق بِهِ الحقوق فِي الْمَال هُوَ الَّذِي يتصل بالموت ليصلح سبباً لَهُ فَإِذَا انقطع عَنْهُ بالبرء جَعَلَ كَانَ لَمْ يَكُنْ.

❁ ❁ ❁

[بَابُ طَلَاقِ الْمَرِيضِ]

٤١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مَرِيضٍ طَلَّقَ امْرَأَةً ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَام ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ؛ قَالَ: لَا تَرِثُ.

لِأَنَّهَا بالـردة خرجت عن أهلية الميراث، وبقاء الحق مِـنْ غَيْرِ أهلية ممتنع، فَإِذَا بطل الحق انقطعت الْجِنَايَة[١]، وَإِذا رجعت لَمْ يجب بِهَا حق.

قَـالَ: وَلَوْ طاوعت ابن زوجها فجامَعَهَـا بعد الطلاق ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ فَإِنَّهَـا ترثـه، وكان يَنْبَغِي أن لَا ترثـه إِلَّا أَنَّا جعلنا النكاح فِـي حكم الباقي فِي حق الإرث، والنكاح الباقي عَلَى الحقيقة يبطل بالمحرمية، فهذا أحق كما فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى.

والفـرق بينهما أَنَّ الردة تنافي نفس الحق وَهُوَ الميراث لِما قلنا أَنَّ المرتد لَا يرث أحداً، فَلَمْ يتصور بقاء الحق.

فأمَّا المحرمية فإنَّما يبطل بِهَا الإرث بسـبب بطـلان النكاح مضافاً إليها وَلَمْ يوجـد، لِأَنَّ النكاح قَدْ بطل بالثلاث[٢]، وَإِنَّمَا بقي فِي حق الميراث خاصة، فما لَا ينافي الميراث لَا يعتبر منافياً فِي حق ما ثبت فِي الإرث خاصة.

---

(١) من قبله فَلَمْ يعد فاراً.

(٢) هكذا فِي الأصل وَلَمْ يفهم، إِلَّا أن يكون القصد الحرمة المؤبدة.

٤١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ صحيحٌ ثُمَّ لاعنها وَهُوَ مريضٌ، فَفَرَّقَ بَيْنهُمَا ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ؛ قَالَ: تَرِثُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا تَرِثُهُ، وَلَوْ قذفها فِي المَرَضِ وَرِثَتْ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيْعَاً.

وهذه فرع ما تقدم لِأَنَّ الفرقة إِنَّمَا تقع مضافةً إِلَى الزَّوْج لِأَنَّهُ هُوَ البادئ بالقذف وإيجاب السبب، إِلَّا أَنَّهُ معلق بخصومتها وَهِيَ مضطرة فِي الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها، فأضيف الشرط إِلَى الزَّوْج فَصَارَ مطلِّقاً فِي مرض الموت باعتبار الشرط حكماً، أَوْ جَعَلَ الطلاق كالباطل فِي حقها عندهما عَلَى ما مر، وعند محمَّد ﷺ لَمْ ينقل إِلَى الزَّوْج شيء، وَلَمْ يثبت حكم الفراق، وإِنْ كَانَ القذف من الزَّوْج فِي المرض فَقَدْ صَارَ بِهِ مُحْرِماً وَهِيَ لَمْ ترض بِهِ فورثته.

٤١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ [قالت][1] لَهُ امْرَأَتُهُ وَهُوَ مَرِيضٌ: طَلقْنِي ثَلَاثَاً، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثَاً؛ قَالَ: لَا تَرِثُهُ لِأَنَّ الإرث إِنَّمَا وَجَبَ لِكَونِ الزَّوْج مُتَعَدِّياً، وَلَا عُدوانَ مَعَ الرِضَا، فَثَبَتَ حُكْمُ الثَّلَاث مِنْ كُلِّ وَجْهٍ. قَالَ: وَلَوْ قَالَت: طَلقَنِي تَطْلِيقَةً رَجْعِيةً فَطَلَّقَهَا ثَلَاثَاً ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ وَرِثتهُ.

لِأَنَّ الطلاق الرجعي لَا يقطع النكاح وَلَا يبطل الميراث فَلَمْ يثبت بِهِ الرضا بالعدوان.

---

(١) الإضافة مني.

وَهَذَا الفصل من الخواص.

قَالَ: وَلَوْ اختلعت مِنْ زَوْجِهَا ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ ترثه، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهَا: أمرك بيدك أَوْ اختاري فاختارت نفسها ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ يرث لِأَنَّهَا رضيت بالبينونة فسقطت عَنْهَا صفة العدوان، وَإِنَّمَا قلنا رضيت لِأَنَّهَا فِي مسألة الخلع باشرت الشرط، وَفِي مسألة التخيير والأمر بِالْيَدِ باشرت العلة.

٤٢٠- قَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي صَحِيحٍ آلَى مِنْ امْرَأَتِهِ ثُمَّ تَمَّتْ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ وَهُوَ مَرِيْضٌ فَبَانَتْ ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ لَمْ يَرِثْ.

لِأَنَّ وجوب البينونة إِنَّمَا يضاف إِلَى الإيلاء، وَقَدْ وجد الإيلاء فِي الصحة، وَلَمْ يصنع الزَّوْج فِي المرض شَيْئاً من مباشرة علة أَوْ شرط، قَالَ: وَلَوْ كَانَ الإيلاء فِي المرض ورثت وَهَذَا ظاهر.

٤٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: اعْتَدِّي ثَلَاثَاً، وَقَالَ: نَوِيْتُ بِـ(اعْتَدِّي) الطَّلَاقَ، وَبِالثَّلَاثِ ثَلَاثُ حِيَضٍ.

قَالَ: هُوَ يدين[1] فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يرى حقيقة ما تكلم بِهِ لِأَنَّ الطلاق يعقبه العدة ثلاث حيض، فَإِذَا نَوَى ذَلِكَ وجب تصديقه.

٤٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ؛ قَالَ: إِنْ نَوَى الضَّرْبَ وَالحِسَابَ فَهِيَ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وإِنْ

(١) يصدَق

نَـوَى وَاحِدَةً مع ثِنْتَيْنِ فَهُوَ ثَلاثٌ. وإِنْ نَوَى وَاحِدَةً وثِنْتَيْنِ فَهِيَ ثلاث، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ لديه نيةٌ فَهِيَ وَاحِدَة. وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ، وَنَوَى الضَّرْبَ وَالحِسَابَ فَهِيَ طالقٌ ثِنْتَيْنِ.

وَقَـالَ زُفَرُ رحمه الله: إِذَا نَـوَى الضرب فِي الْأُولَى فَهِيَ ثنتـان، وَفِي الثانية ثلاث، واعتبره بحساب الضرب.

أَلَا تَرَى أَنَّ الثِّنْتَيْنِ فِي الثِّنْتَيْنِ أربعة، والواحدة فِي الثِّنْتَيْنِ ثنتان.

ووجـه قولنـا: إنَّ ضرب العدد فِي العدد إِنَّمَا يراد بيان مسـاحة الممسـوح، هُوَ حقيقته، وَإِذا اسـتعمل فِيمَا لَا طول لَـهُ وَلَا عرض لَهُ فإِنَّما يراد بالضرب بكثير أجزائه مجازاً، والطلاق غير ممسوحٍ لَيْسَ لَهُ طول وَلَا عرض، وَإِنَّمَا يراد بالضرب بكثيـر أجزائه، وطلاقٌ هُوَ ألفُ جزءٍ، مثل طلاقٍ هُوَ جزآن أَوْ لَا جزء لَهُ، وإِنْ نَوَى بِهِ (مع) صحَّ، لِأَنَّ (فِي) يستعمل بمعنى (مع) فِي كلام العرب.

قَـالَ الله تَعَالَـى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفَجْـر: ٢٩] أي مـع عبـادي، فيقـع قبل الدُّخُـول وبعده، وَلَـوْ أراد بِهِ (الواو) صـحَّ أَيْضاً، لِأَنَّهُ لما صحَّ اسـتعماله بمعنى (مع) [صحَّ][1] بمعنى (الواو) لِأَنَّهَا متقاربان، إِلَّا أَنَّهُ لَا يقع قبل الدُّخُول جملة.

٤٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: طلقي نَفْسِكِ مِن الثَّلَاث مَا شِئْتِ؛ قَالَ: لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا وَاحِدَة وثِنْتَيْنِ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلَاثَاً.

---

(١) الإضافة مني.

ومعنـاه (أَوْ اثِنْتَيْنِ) كَذَلِكَ ذكره فِي الطلاق، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَهَـا ذَلِكَ، لِأَنَّ كلمـة (مِن) إِنَّمَا يـراد بِهَا تبعيض الجنس فِي العـادة، يقول: (كل مِن طعامي ما شـئت) وَلَا يـراد بِهِ تبعيض الطعام، ولأَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله أَنَّهُ جمع فِي كلامه بين كلمة التبعيض وكلمة العموم، فجعل البعض عاماً، والبعض العام[1] من الثَّلَاث الثنتان، ومن العشرة التسعة، فَصَارَ مفوضاً للثِنْتَيْنِ، فَإِذَا طلقت نفسها ثِنْتَيْنِ صحَّ، وَإِنَ طلقت نفسـها وَاحِدَة صحَّ، وَإِنَ طلقت نفسـها ثَلَاثاً لَمْ يقع شيء عَلَى أصله، وَعَلَى قولَهُما يقع.

وَأَمَّـا الطعام فَإِنَّهُ أمرٌ يبتني عَلَى المسـامحة فيسـقط التبعيض بهذه الدلالة، بخـلاف الطلاق والعتاق، وَلَمْ يكـره الثِنْتَيْنِ والثلاثة جملـة لِأَنَّهَا لو فرقت خرج الأمر من يدها فاضطرت إِلَى الجمع، ويحتمل أَنَّها تملك مع الكراهة أَيْضاً.

٤٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ تَـزَوَّجَ الْمَرْأَة عَلَى غَـيرِ مَهـرٍ، ثُمَّ يجعل لَهَا هَذَا العَبْد مَهْـرَاً، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا قَبْـلَ الدُّخُول بِهَا؛ قَالَ: لَهَـا الْمُتْعَة. وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله وأَبِي يُوسُـفَ رحمه الله الْأَوَّل. وكان أَبُو يُوسُفَ[2] رحمه الله يَقُولَ يَتَنَصْف.

لِأَنَّ الله تَعَالَى أوجب نصف المفروض بقولَهُ: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، ولأَبِـي حَنِيفَةَ ومحمَّـد رحمهما الله: أَنَّ (الفرض) تقدير مهر المثل، وتعييـن لَهُ، لِأَنَّ مهر

(١) فِي الأصل العموم

(٢) فِيمَا بعد فِي قولَهُ اِلثَّانِي.

المثل كَانَ واجباً قبله، وإليهما التعيين فينزل تعيينه منزلته، ومهر المثل لَا يتنصف، فَكَذَلِكَ ما نزل منزلته، بَلْ هُوَ تعيينه.

والمـراد بـ(الفرض) فِـي كِتَاب الله تَعَالَـى هُوَ الَّذِي يقوم بفـرض العاقدين مطلقاً، وَهُوَ المسمى.

فأمَّـا هَذَا فَإِنَّهُ تقدير لما وجب شـرعاً، فَلَمْ يكن مفروضاً مطلقـاً فَلَمْ يتناوَلَهُ النَّـص وَلَمْ يصح قياسـه عَلَيْهِ وَهُوَ حكمٌ ثابتٌ بخلاف القيـاس، وَهَذَا فِي التأكيد دونه.

ذكر فصل المأخوذ[1] عن النِّسَاء.

وَقَدْ سبق ذكره، وَهِيَ من الخواص، وَقَدْ دل عَلَى أن أصحابنا كانوا يرون أثر السحر حقاً كما جاءت بِهِ السنة خلافاً للمعتزلة.

٤٢٥- وَقَـالَ أَبُـو حَنِيفَـةَ ﷺ: فِي رَجُلٍ قَـالَ لِامْرَأَتِـهِ: إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِـقٌ، قَـالَ: إِذَا رَأَتْ الدَّمَ طلقت. وَإِذا قَالَ: إِذَا حِضْـتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا طَهُرتْ مِنْ الحَيْضِ طَلُقَتْ.

والفرق أنَّ الحيض عبارة عن درور الدم ولكنَّه لَا يعلم أَنَّهُ دم الحيض إِلَّا أن يتمادى ويسـتمر ثَلَاثَة أيام، [فـ][2]يقع الطـلاق من أول ما رأت الدم، أَمَّا الحيضة فَإِنَّهَا اسـمٌ للكامل مِنْهَا، قَالَ النَّبي ﷺ: (أَلا لَا تُوطأ الحبالى حَتَّى يَضعن حَملهنَّ

(١) فِي الأصل المؤخذ، والمقصود بِهِ المربوط عن النِّسَاء بالسحر، وَقَدْ سبق ذكره فِي كِتَاب الطلاق.

(٢) الإضافة مني

ولَا الحيالـى حَتَّى يسـتبرئن بِحَيْضَـة)[١]، وأراد بِهَا كمالَها، وكمالُهـا بانتهائها أَوْ بالطهر بالغسل أَوْ ما يقوم مقامه.

٤٢٦- وَقَـالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ فِي رَجُلٍ قَـالَ لِامْرَأَتِهِ إن صمت يوماً فأَنْتِ طَالِقٌ، قَالَ: إِذَا صامت حَتَّى غربت الشَّمْس طلقت.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَذَلِكَ لما قلنا أَنَّ الْيَوْم اسـمٌ لبياض النَّهَار إِذَا قرن بِهِ ما يمتد، والصوم ممتد.

٤٢٧- وَقَـالَ أَبُـو حَنِيفَةَ ﷺ: فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِـهِ: إن كنت تحبين أن يعذبـك الله فِي نار جهنـم فأَنْتِ طَالِقٌ، وعبـدي حر، فَقَالَـتْ: أحب ذَلِكَ، وكذبها الزَّوْج، طلقت وَلَمْ يعتق العَبْد.

لِأَنَّ المحبـة أَمَرَ باطن لَا يوقف عَلَيْهَا، فتعلق الحكم بِمَا دل عَلَيْهِ وَهُوَ الخبر عَنْهَا، فثبت بِهِ الجزاء، وَإِنَ كذَّبَ[٢] لسقوط حقيقته، وَفِي حق العتاق لَا يثبت، لأَنَّا إنما قلنا قولَهُا لَا يوقف عَلَيْهِ إِلَّا من جهتها[٣].

وَفِـي حـق العتاق وَفِي حق العَبْـد يوقَف عَلَيْهِ من جهة غيـر العَبْد، فصارت شاهدة فِي حقه.

---

(١) رواه أبو داود رقم/ ٢١٥٩/ بلفظ عنْ أَبَى سعيدِ الخدريِّ ورفعهُ أَنّهُ قالَ فِي سبايا أوطاسِ (لَا توطـأُ حاملٌ حَتَّى تضعَ ولَا غيرُ ذاتِ حملٍ حَتَّى تحيضَ حيضةً)، والترمذي والدارمي بنفس اللفظ

ورواهُ الحاكمُ فِي المستدركِ مرفوعا، وقالَ: حديثٌ صحيحٌ، عَلَى شرطِ مسلمٍ، ولمْ يخرجاه

(٢) فِي الأصل وإن علم كذب.

(٣) فصح فِي حق طلاقها فقط

٤٢٨- قَالَ: وَلَوْ قَالَ: إِذَا حضْتِ فأَنْتِ طَالِقٌ وفلانة معك، فَقَالَتْ: حضت وكذبها الزَّوْج طلقت، وَلَمْ تطلق فلانة.

أَمَّا هِيَ[1] فتطلق استحساناً، وَفِي القياس لَا تطلق لِأَنَّهَا تدعي وجود الشرط، وَفِي الاستحسان هِيَ أمينة فِي الحيض، وَلَا يوقف عَلَيْهِ إِلَّا من جهتها فَصَارَ الشرط خبرها الدال عَلَيْهِ، والقياس عَلَيْهِ أن تطلق الأُخْرَى أَيْضاً لوجود الخبر القائم مقام الحيض.

وَفِي الاستحسان لَا يقع لِأَنَّ حيضها فِي حق الْمَرْأَة الأُخْرَى ما يوقف عَلَيْهِ من جهة غير تلك الْمَرْأَة فصارت تلك شاهدة فِي حق هَذِهِ، أمينة فِي حق نفسها.

٤٢٩- قَالَ: وَلَوْ قَالَ لَهَا: إن أحببتِني فأَنْتِ طَالِقٌ، وهذه معك، فَقَالَتْ: أحبك وكذبها الزَّوْج طلقت هَذِهِ.

وَلَا تطلق الأُخْرَى لما قلنا.

٤٣٠- وَلَوْ قَالَ لَهَا: إن أحببتِني بقلبك فأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: أحبك طلُقت فِي الْقَضَاءِ وفيما بينهما وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى وَإِنَ كذبت عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله.

لِأَنَّ المحبة لما لَمْ يَكُنْ إِلَّا بالقلب كَانَ إطلاقها وتقييدها بالقلب سواء، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: هاهنا لَا تطلق إِذَا كَانَتْ كاذبة فِيمَا بينهما وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، لِأَنَّ التقييد بالقلب يبطل الخلافة عمَّا فِي القلب، لِأَنَّهَا شرعت تيسيراً.

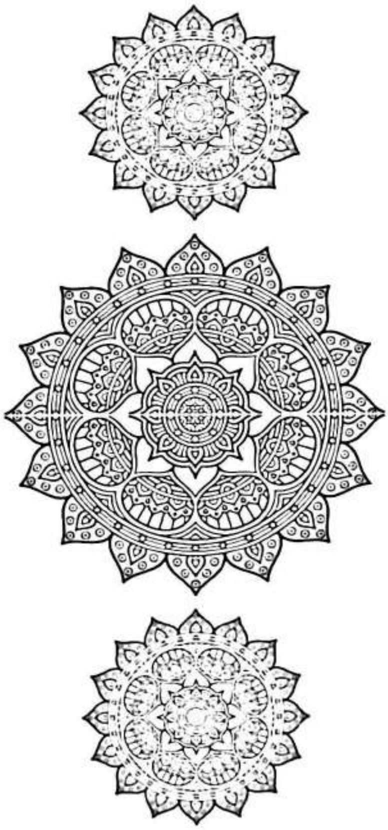
❁ ❁ ❁

---

(١) فِي الأصل هَذِهِ.

٧- كِتَابُ العِتْقِ(١)

(١) في ب.



٤٣١- مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَـالَى، فِي عَبْدٍ بين ثَلَاثَة نَفَرٍ دبَّره أَحَدُهُم وَهُوَ مُوسِرٌ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَأَرَادُوا الضَّمَانَ. قَالَ: لِـلَّذِي لَمْ يُدبر وَلَمْ يُعتق أن يُضَمِّن الَّذِي دَبَّرَهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الَّذِي أَعْتَقَ. وَلِـلَّذِي دَبَّـرَ أَنْ يُضمّن الَّذِي أَعْتَـقَ قيمة الثلث مدبراً، وَلَيْـسَ لَهُ أن يُضمّنه الثلـث الَّذِي يَضْمَن. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: العَبْـدُ مُدَبَـرٌ كُلُّهُ لِلَّذِي دَبَّـرهُ أَوَّلَ مَرةٍ، والعتق باطـلٌ، وَالَّذِي دَبَّرَ ضَامِنٌ ثُلُثِي قِيمَتِهِ لِشَرِيكِـيهِ مُوسِرَاً كَانَ أَوْ مُعْسِرَاً.

وَعَلَـى هَذَا يتبيـن أنَّ الاعتاق يتجـزأ [بِالْإِجْمَـاعِ][1] عند أَبِـي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وعندهما لَا يتجزأ، وَكَذَلِكَ التدبير والكتابة.

وَأَمَّا العتق فَلَا يتجزأ بِالْإِجْمَاعِ، واحتجا بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً مِـنْ عَبْدٍ عتق كله لَيْسَ للهِ فِيهِ شَـرِيكٌ)[2]، ولأنَّ الإعتاق إثبـات العتق وَلَا وجود للفعل إِلَّا بانفعاله، والانفعال لَا يتجزأ، كَانَ الفعل غير متجزئ لَا محالة، كالموت لما كَانَ لَا يتجزأ لَا يتصور تجزؤ القتل، وَكَذَلِكَ الطلاق مع التطليق، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ ما روي عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً مِنْ عَبْدٍ كُلِّفَ عِتْقَ بَقِيَّتِهِ)[3].

---

(١) فِي ب.

(٢) رواه أبـو داود برقـم/ ٣٩٣٥/، الطبراني فِـي الكبير برقم/ ٥٠٧/، والبيهقي فِي السـنن الكبرى برقم/ ٢١١٠٥/، وابن أبي شيبة رقم/ ٩٠٢/.

(٣) رواه أبو عوانة فِي مسـنده برقم/ ٤٧١٣/، بلفظ (من أَعْتَقَ نصيباً لَهُ من إنسـان كلف عتق بقيته).

واحتمل الحديث الْأَوَّل معنى هَذَا الحديث، ولأنَّ الاعتاق تصرف فِي محل متجزئ فَلَا بُدَّ من التجزئة كالبيع.

وبيانه من وجهين:

أحدهما: أنَّ الإعتاق إزالة لما يملكه الْمَوْلَى، وَهُوَ المالية والتقوم، فأمَّا الرق فحكــم الله تَعَالَى لَا يَمْلِك محــالٌ، بَلْ بِهِ يصير محلاً للملك، فَإِذَا بطل الملك كله بطل الرق، فوجب العتق، وببطلان بعضه لَا يجب بطلان كله.

والثاني: أنَّ الإعتاق إزالة الرقِّ وَهُوَ متجزئ لِأَنَّهُ حلَّ محلاً متجزئاً وَهُوَ البدن، وَأَمَّا العتق فعبارة عن قيام الولاية والشــهادة وَمَا أشــبه ذَلِـكَ، وَهُوَ مِمَّا لَا يوصف بالتجزّؤِ وَهُوَ متعلقٌ بكمال ما يحتمل التجزّؤَ، وَمَا لَا يتجزأ إِذَا تعلق بِمَا يتجزأ تعلق بجملته، كالحرمة بثلاثة تطليقات، وكمل الصَّلَاة بتطهير الأعضاء الأربعة.

وَإِذا صحَّ هَذَا قلنا إِذَا دبَّر الْأَوَّل اقتصر عَلَى نصيبه ولزمه الضمان للشريكين، فَلَمَّا أعتقــه الأخر صادف تصرفه ملكه فصح وصار هُوَ الجاني، وبطل عن المدبر ضمان نصيبه، وَقَدْ اعترض عَلَى نصيب الســاكت جنايتان، التدبير والإعتاق، وَقَدْ قَالَ للساكت أن يضمن المدبِّر خاصة لِأَنَّ ضمان التدبير والإعتاق ضمان معاوضة فِي أصل الشــريعة، وَكَذَلِكَ ضمان الغصب هُــوَ أصله حَتَّى صحَّ إقرار المأذون بِهِ مطلقاً، وَإِذا كَانَ أصله ما قلنا فِي الغصب ففي الإعتاق وَهُوَ مشروعٌ أولى.

فَــلَا يُتــركُ هَذَا الأصل إِلَــى ضمان الْجِنَايَــة إِلَّا بضرورة العجــز وصف دبّر الْأُولَى كَانَ نصيب الســاكت محتملاً للتمليك فانعقد سبب الضمان موجباً للملك فِــي المضمون، وصار ذَلِكَ النصيب لَا يحتمل النقــل إِلَى ملك غير المدبر، ولما أَعْتَقَ الثَّانِي لَمْ ينعقد ذَلِكَ الضمان، شرط ملك المضمون لِأَنَّ نصيب الساكت يوم

أَعْتَـقَ لَمْ يَكُنْ محلاً لَهُ، فلو لزمه الضمان لوجب مِـنْ غَيْرِ ملك المضمون فيصير خالص ضمان العدوان، وَإِنَ ذَلِكَ باطل إِلَّا عند الضرورة، وَلَا ضرورة، فَإِذَا ضَمِنَ السـاكت المدبر صَـارَ ذَلِكَ الثلث ملـكاً للمدبر، ثُمَّ الاعتاق جنايـة عَلَى نصيب المدبّـر بطريق الحيلولة كالغصب إِلَّا أَنَّ نصيبه يوم الإعتاق لَمْ يَكُنْ محتملاً للنقل فوجب ضمانه بطريق العدوان، وَذَلِكَ الثلث الَّذِي ملكه عَلَى السـاكت لَيْسَ لَهُ أن يضمنه الَّذِي أعتقه لِأَنَّ ملك المدبر لذلك الثلث إِنَّمَا وجب عند القضاء بالضمان عَلَيْهِ مستنداً مِنْ وَجْهٍ دون وجهٍ عَلَى ما عرف، فَلَمْ يظهر حقه فِي حق المعتق.

أَلَا تَـرَى أَنَّ ذَلِـكَ لَا يحتمـل النقل فِي حـق المعتق، لكن يَنْبَغِـي أن يَمْلِك استسعاء العَبْد فِي ذَلِكَ الثلث؟

وَأَمَّـا عندهما فإِنَّ العَبْد كله صَـارَ مدبراً لِلْأَوَّلِ وعَلَيْهِ قيمة نصيب شـريكيه موسراً كَانَ أَوْ معسراً لِأَنَّهُ ضمان تملك عندهما كالاستيلاد.

٤٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى ابنه هُوَ وآخـر مِنْ رَجُلٍ، والأَبُ مُوسرٌ؛ قَالَ: لَا يَضْمَنُ الأَبُ شَـيْئاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يضمن الأب نصيب الأخر إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى لَهُ الابن فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ، وَإِنَ اشْـتَرَى الرَّجُل أولاً نصفه ثُمَّ اشْتَرَى الأب نصفه الباقي، فإِنْ كَانَ مُوسِرًا يضمن نصف قيمته لِلْآخَرِ، وإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى العَبْد فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً.

٤٣٣- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي رَجُلٍ لَهُ عبد بَاعَ نصفه من أبيه أَنَّهُ

لَا يضمن لِلبَائِعِ شَـيْئاً، وإِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يضمن إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

احتجـا بأَنَّ الأب صَارَ معتقاً نصيبه من عبد مشـترك، وَذَلِكَ سـبب الضمان بالنَّص، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ شراء القريب إعتاق بواسطة الملك عندنا.

أَلَا تَرَى أَنَّ العَبْد إِذَا كَانَ بين اثنين بَاعَ أحدهما نصيبه من أب العَبْد، أن الأب يضمن نصيب السـاكت دون البَائِع؟ وتبين بهذه المسـألة أَنَّ ملك الْمُشْتَرِي ثابتٌ بفعله لَا بفعل البَائِع لِأَنَّهُ لَا ولاية لَهُ عَلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إعتاق بواسـطة المِلك، والمِلك فعل الْمُشْتَرِي وصفته، وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ نصف العَبْد من أبيه فإِنَّ الْمُشْـتَرِي هُوَ المعتق، فأَمَّا البَائِع فإِنَّما باشر شرطه لِأَنَّ تمليك البَائِع فِي حق الْمُشْتَرِي شرط لتملكه، وفعل الشريك فِي الشراء شرطٌ لقبول الشـريك الآخر، ومباشرة الشـرط لَا يُبطل ضمان العدوان، كعبد بين اثنين قَالَ أحدهما لشـريكه إن دخلت الدار فَهُوَ حُرٌّ فدخلها أَنَّهُ لَا يبطل حق الداخل فِي تضمين الحالف، ولأَنَّ الخلاف فِي هَذَا.

وَفِي مسـألة الهبة من اثنين والصدقة والوصية فيهما واحد، والشريك ما باشر العلة وَلَا الشـرط فِي هَذَا، وَكَذَلِكَ رجل قَالَ لعبد: إن ملكت شَيْئاً مِنْكَ فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مع آخر عتق نصيبه فَلَمْ يضمن لشريكه عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وعندهما يضمن.

وههنا شريكه معتق باليمين لَا بِالشِّرَاءِ حَتَّى لَا يتأدى الكفارة فِي مثل هَذَا اذَا انفرد، فشريكه لَا بد أَنْ يَكُونَ شَرِيكاً فِي الشرط، وَلَا يلزم رجل زوّج أمته ثُمَّ بَاعَهَا مِنْ زَوْجِهَا قبل الدُّخُول أَنَّ المهر يبطل لِأَنَّهُ إِنَّمَا يبطل لعجز الزَّوْج عن تسـليم ما أوجبه عَلَيْهِ، والعجز بزوال الأمة عن ملكه ثبت.

والدخول فِي مِلْكِ الْمُشْـتَرِي شـرط فأضيف السـقوط إِلَـى صاحب العلة، وههنا العتق يضاف إِلَى ملك الْمُشْـتَرِي، والزوال شـرط فأضيف إِلَى العلة، ثُمَّ لَمْ يسـقط بمباشرة الشـرط، وَلَا يلزم مسـألة الفرار أن الزَّوْج إِذَا علق الطلاق بفعلها الَّـذِي لَهَا مِنْهُ بدٌّ أَنَّ حكم الفرار بمباشـرة الشـرط يبطـل، لِأَنَّ ذَلِكَ الحكم أصله مشروعٌ بشبهة العدوان.

أَلَا تَرَى أَنَّ الزَّوْج إِذَا علق الثَّلَاث بفعله فِي صحته، ثُمَّ فعله وَهُوَ مريض صَارَ فاراً بمباشـرة الشرط، وأنَّه شـبهة عدوان لَا حقيقة لَهُ، فَلَمَّا وجب بشبهة العدوان بطل بمعارضة شـبهة الرضا بفعل الشـرط، وَهَذَا الضمان واجب بحقيقة العدوان وَهُوَ الإتلاف عندنا، والحيلولة والغصب وقطع اليد عندكم، فَلَمْ يبطل إِلَّا بحقيقة الرضا، أَوْ بمباشـرة العلة دون الشـرط، ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ أَعْتَـقَ نصيبه برضا الشريك فَلَمْ يضمن لَهُ، كما إِذَا رضي بإعتاقه صريحاً، وَهَذَا لِأَنَّ ضمان العدوان لَا يجب مع الرضا، وَلَا يبقى الفعل عدواناً مع الرضا.

وبيانه: أَنَّ الرضا ثبت صريحاً مرة، وحكماً أُخرَى وَهُوَ أن يُباشر علة الحكم فيصير راضياً بِهِ لَا محالة أَوْ فَوْق الرضا، وَقَدْ باشر الشريك العلة فِي هَذِهِ المسائل، أَمَّا إِذَا اشْـتَرَى نصف العَبْد فلأَنَّ البيع فِي الشـرع علة لَا يتـم إِلَّا بإيجاب وقبول، والعلة الواحدة لَا يحتمل التقسـيم ليجعل حكمها منقسماً عَلَيْهَا، أَوْ يجعل بعضها علة وبعضها شـرطاً، بَلْ إيجابهما جَمِيْعَاً علة وَاحِدَة للزوال، والدخول جَمِيْعَاً، ثُمَّ الحكم ينقسـم عَلَيْهِما بحق المزاحمة فيصير هَذَا مملكاً وَهَذَا ممتلكاً، وَكَذَلِكَ إِذَا اشـتريا لِأَنَّ إيجاب البَائِـع واحد مجتمع، فَلَا بُدَّ من أَنْ يَكُونَ القبول كَذَلِكَ شَـيْئَاً واحداً، فَصَارَ قبولَهُما وإيجابه كله علة وَاحِدَة.

ثُمَّ انقسم الحكم لحق المزاحمة لَا لانقسام العلة، وَإِذا قبل أحد الْمُشْتَرِيين وحده لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ إِذَا انفرد فَهُوَ غيره إِذَا انضم إِلَى قبول شريكه كالطلقة غير الطلقة من الطلقتين عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فإن رضي البَائِع بقبول أحدهما لَمْ يَصِحَّ أَيْضاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ إِلَّا بإيجاب مبتدأ مِنْهُ خاصة، هَذَا هُوَ الصحيح.

وَفِي الهبة والوصية والصدقة قبولَهُا واحدٌ أَيْضاً، وَإِذا قبل أحدهما يجب أن لَا يصح عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَإِنَ سلمنا فإنَّ ذَلِكَ يثبت بتسليمه إِلَيْهِ فيصير هبةً مبتدأةً بالتسليم فثبت أَنَّهُ مباشرٌ للعلة.

وَأَمَّا إِذَا حلف بِشِرَاءِ شيء مِنْهُ ثُمَّ ملكه مع آخر، فلأنَّ كلمة التحرير هِيَ العلة للحرية، وللملك حكم التصحيح فيكون لَهُ شبهة العلل فَلَمْ يعارض حقيقته ليجب الترجيح بالوجود، فَلَمْ يتأد بِهِ الكفارة، فأمَّا الضمان فَلَمْ يجب لِأَنَّهُ لما أشبه الملك العلل دَخَلَ فِي وجوب الضمان شبهة فَلَمْ يجب بالشك، وَلَمْ يتأدَّ بِهِ الكفارة بالشك أَيْضاً، ونحن نسلم أنَّ الملك صفة المالك، وَلِذَلِكَ أضيف العتق إِلَيْهِ، لكن الكلام فِي مباشرة علته.

ثُمَّ قَالَ فِي هَذَا الْكِتَاب إِذَا علم الشريك أنَّ هَذَا ابوه أَوْ لَمْ يعلم فَهُوَ سواء، وَلَا شيء لَهُ، وَلَا شبهة فِيمَا إِذَا علم، فأمَّا إِذَا لَمْ يعلم بطل حقه أَيْضاً، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَلَا رضا إِلَّا بالعلم.

والجواب أنَّ الرضا نوعان: صريحٌ لَا ينفك عن العلم، وثابتٌ حكماً لمباشرة علة العتق، وَذَلِكَ يَسْتَغْنِي عن العلم لِأَنَّهُ ثبت حكماً لصحة غيره فيكون قائماً بِهِ وَذَلِكَ يَسْتَغْنِي عن الرضا.

٤٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي أَمَةٍ عُتِقت فتَزَوَّجها نَبَطِيٌّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَوَالى رَجُلاً ثُمَّ وَلَدَتْ أَوْلَاداً؛ قَالَ: أَوْلَادُهُ مَوَالِي لِمَوَالِي أُمِّهِ.

معنى هَذَا ان تكون المعتقة كافرة كتابية، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: هم موالي لمولى الأب، وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي الأمة المعتقة، والأب النبطي الَّذِي لَا ولاء عَلَيْهِ أصلاً، وَلَوْ كانا معتقين، أَوْ الأب معتق، والأم من الموالي، بالموالاة كَانَ الْوَلَد تابعاً للأب، وَكَذَلِكَ لو كَانَ الأب عربياً، والأم معتقة، فالولد تابع الأب.

وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ ﵀ بأَنَّ الأب من أَهْل الولاء فوجب إلحاقه بِهِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النسب، وَإِنَّمَا يلحق النَّسب بالأمِّ ضرورة العجز، وَلَا عجز ههنا وَلَا معارضة بين الأب والأمِّ ليجب الترجيح.

ووجه قولَهُما: إنَّ ولاء العتق أقوى بِالْإِجْمَاع فيصير الآخر كالمعدوم، وَلَوْ كَانَ الأب لَيْسَ من أَهْل الولاء بِأَنْ كَانَ عَبْدَاً كَانَ الْوَلَد مولى لموالي الأم كذا هَذَا.

٤٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي مَوْلَى الْمُوَالَاةِ مَعَ العَمَّةِ وَالخَالَةِ أَنَّ الْمِيرَاثَ لِلعَمَّةِ وَالخَالَةِ دونَ الْمَوْلَى، وَفِي مَوْلَى العتَاقَةِ الْمِيرَاثُ لِمَوْلَى العتاقَةِ دَونَ العَمَّةِ وَالخَالَةِ.

أَمَّا فِي العتاق فلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ للذي اشْتَرَى عَبْدَاً فَأَعْتَقَهُ: (إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا كُنْتَ

أَنْـتَ عَصبتَهُ)[١]، فَقَدْ نَّص بِهَا عَلَى أَنَّهُ عصبة فَصَارَ بمعنى الوارث العصبة فوجب تقديمـه عَلَـى ذوي الأرحام، وَأَمَّـا موالي المـوالاة فإنَّما صَارَ مولـى بالمعاقدة، ومعاقدتها لَا تلزم غيرهما، فجعل ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الإيصاء، فَصَارَ الولاء كالمال الَّذِي يجـب بحق الوصية، وَهُوَ مؤخر عن الميراث فِيمَا زَادَ عَلَى الثلث، فَكَذَلِكَ الولاء أثره فِي حق كل وارث فَلِذَلِكَ وجب تأخيره.

٤٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي أَمَةٍ بَـينَ اثْنَينِ زَعَمَ أَحَدُهُمَـا أَنَّهَا أُمُ وَلَدِ صَاحِبِـهِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ صَاحِبُهُ؛ قَـالَ: هِيَ يوماً مُوقُوفَةٌ وَتَخْـدِمُ يَوْمَاً لِلَّذِي أَنْكَرَ أَنْ تَكُـونَ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لَيْسَ لَهُمَا غير ذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إِنْ شَـاءَ الَّذِي أنكر استسـعاها[٢] فِي نصف قيمتها ثُمَّ تكون حرة لَا سبيل عَلَيْهَا.

واختلف مشايخنا فِي الخدمة للمنكر يوماً هل هُوَ ثابت عندهما أم لَا؟

والصواب عندنـا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله خاصة، فأمَّا عندهما فَلَا خدمة للمنكر عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا تبتني مسألة السعاية عَلَى هَذَا الحرف.

---

(١) الحديث رواه البيهقي فِي السنن الكبرى مرسلاً برقم/ ١٢٧٥٦/ ، واللفظ عنِ الحسنِ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ خرجَ إِلَى البقيعِ فرأى رَجُلاً يباعُ فسـاومَ بهِ ثمَّ تركهُ فاشـتراهُ رجلٌ فَأَعْتَقَهُ ثمَّ أتى بهِ النَّبيَّ ﷺ فقالَ: إنِّي اشـتريتُ هَذَا فأعتقتهُ فما ترى فيهِ؟ قالَ: «أخوكَ ومولاكَ». قالَ: ما ترى فِي صحبتهِ؟ قالَ: «إنْ شكركَ فهوَ خيرٌ لهُ وشرٌّ لكَ وإنْ كفركَ فهوَ خيرٌ لكَ وشرٌّ لهُ». قالَ: ما ترى فِي مالهِ؟ قالَ: «إنْ ماتَ ولمْ يدعْ وارثا فلكَ مالهُ». هكذا جاءَ مرسلاً.

(٢) فِي ب: اسْتَسْعَى الأمة

وجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّـا تيقنا أنَّ الخدمة واجبة للمنكـر لِأَنَّ المقرَّ إن صـدق فالخدمة كلها للمنكر، وَإِنَ كذب فَلَهُ نصـف الخدمة فثبت النصف بيقين، ووقع الشـك فِي ذَلِكَ فِي حق الشـاهد فَلَمْ يثبت النصف بيقين، ووقع الشـك فِي ذَلِكَ فِي حق الشاهد فَلَمْ يثبت، وَقَدْ أَقَرَّ الشاهد أن لَا ضَمَانَ لَهُ عَلَى الْجَارِيَة وادعى ذَلِكَ عَلَى الشـريك فوجبت البراءة للجارية، وَعَلَى اعتبار الصدق والكذب جَمِيْعَاً لَا يجب السعاية عَلَيْهَا، وَلَهُما: أنَّ هَذَا المقر لما لَمْ يصدق فِي حق الشريك انقلب ذَلِكَ عَلَيْهِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ المستولد، كالْمُشْتَرِي إِذَا زعم أنَّ البَائِع أَعْتَقَ، وأنكره البَائِع أن الْمُشْتَرِي يجعل معتقاً.

وَإِذا كَانَ كَذَلِـكَ امتنعت الخدمة عَلَى المنكر فِي مِلْكِهِ، فوجب التخريج إِلَى الحرية بالساعية كما فِي أمِّ ولد النصراني تُسلم، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: هَذَا لَا يصح لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا لَا يحتمل الفسخ فَلَا يرتد، لكنا نجعل المقر فِي حق نفسه صادقاً، فأمَّا إن يجعله مبتدئاً من نفسه فَلَا.

[بَابُ الحَلِفِ بِالعِتْقِ]

٤٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إِذَا دَخَلْت الدَّارَ فكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَيْس لَهُ مملوكٌ فاشْتَرَى ثُمَّ دَخَلَ الدار؛ قَالَ: يعتق لِأَنَّ قولَهُ يَوْمَئِذٍ اسمٌ لِيومِ الدُّخُول.

أي حينئذ، وَلَوْ لَمْ يقل يَوْمَئِذٍ لَمْ يعتق، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي مِلْكِهِ مملوك يوم حلف، لِأَنَّ قولَهُ كل مملوك لِي اسم للحال، وَإِنَّمَا دَخَلَ الشرط فِي الجزاء، فأمَّا الملك فَقَدْ بقي واقعاً عَلَى الحال كقولَهُ كل مملوك لِي حرٌ غداً، إنَّ الحرية تضاف لَا الملك.

٤٣٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لآخر: أَعْتَقَ أَمَتكَ هَذِهِ عَلَى أَلْفِ دِرْهَم عليّ، عَلَى أن تزوجنيها، فَأَعْتَقَهَا فَأَبَتْ أَنْ تَتَزوجَهُ؛ قَالَ: العِتْقُ جَائِزٌ، وَلَيْسَ عَلَى الآمر مِنْ الأَلْفِ شَيءٌ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقَ أَمَتَكَ عَنِّي.

والمسألة بحالها قسم الألف عَلَى قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب قيمتها فعلى الآمر، وَمَا أصاب مهر مثلها بطل عَنْهُ، والأصل فِيهِ أنَّ من قَالَ لآخر أَعْتَقَ عبدك عَلَى ألف عليّ ففعل فَلَا شَيْءَ عَلَى الآمر، بخلاف الطلاق إِذَا قَالَ طلق امرأتك عَلَى أَلْفِ دِرْهَم عليّ ففعل لزم الْمَال الآمرَ.

والفرق أنَّ الْمَال فِي الخلع مشـروعٌ عَلَى الْمَرْأَة مِنْ غَيْرِ سـلامة شـيءٍ لَهَا، وَإِنَّمَا هُوَ سـقوطٌ محضٌ، فنزل الأجنبي فِي تحمل ذَلِكَ الْمَال منزلتها، فأمَّا العتاق فالمال شرع عَلَى العَبْدِ بإزاء ما سَلم لَهُ لما عرف أنَّ الإعتاق إثبات للعبد مِنْ وَجْهٍ، وَلِذَلِكَ لزمته قيمته فِي العتق عَلَى خمر.

وَفِي مسـألة إعتاق الشـريكين، وإعتاق الراهن المعسـر، والأجنبي لَا ينزل منزلتـه [فِي ذَلِكَ][1]، فَإِذَا ثبت هَذَا ففِي الْمَسْـأَلَةِ الأُولَى لَا يلزمه شـيء لما قلنا، وَفِي الثانية جَعَلَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الشراء عَلَى ما سبق ذكره.

وَقَدْ قابل الْمَال بالرقبة والبضع فانقسم عَلَيْهِما فلزمه حصة ما سلم لَهُ، وسقط عَنْهُ حصة ما لَمْ يسـلم لَهُ، وَلَمْ يبطل البيع بشـرط النكاح، لِأَنَّهُ مدرجٌ فِي الإعتاق فأخذ حكمه، وَلَمْ يبطل بالشرط الفاسد.

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب

[بَابُ عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ]

٤٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ لَهُ ثَلَاثَة أَعْبُدٍ، دَخَلَ عَلَيْهِ اثْنَـانِ مِنْهُم، فَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ خَرَجَ أَحَدُهُمَا وَدَخَلَ الآخَرُ، فَقَـالَ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ مَـاتَ قَبْلَ البَيَانِ؛ عتق نِصْـفَ الْأَوَّل وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الثَّانِي، وَنِصْفَ الدَّاخِلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يعتق ربع الداخل، قَالَ: فإِنْ كَانَ قَالَ ذَلِكَ فِي المرض كَانَ الثلث بينهم عَلَى هَذَا.

أَمَّا الْأَوَّل فلأنَّه يعتق فِي حال بالكلام الْأَوَّل، وَفِي حال لَا يعتق فعتق نصفه، وَكَذَلِـكَ حال الثَّانِي بالكلام الْأَوَّل، ويعتق ما بقي مِنْهُ بالكلام الثَّانِي مرة ومرة لَا، فعتق ربعه.

وَأَمَّـا محمَّد ﷺ فَإِنَّهُ احتج فَقَـالَ إنَّ الكلام الثَّانِي لَا يصح إن أصاب الكلام الْأَوَّل ثابتـاً، وَإِنَ أصاب الخـارج صحَّ، فَلَا يثبت بالكـلام الثَّانِي إِلَّا نصف رقبة، ويجعـل بين الثابـت والداخل نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ الكلام الثَّانِـي إِنَّمَا صحَّ باعتبار إصابة الكـلام الْأَوَّل الخـارج، وَعَلَى هَـذَا الاعتبـار الثابت يضرب بجميـع الرقبة مثل الداخل، وَلَوْ كَانَ الثابت بالكلام الثَّانِي كل الرقبة وكان صحيحاً كما قلتم لعتق من الثابت نصفه الباقي لَا محالة، لِأَنَّهُ شريك الداخل، فَلَمَّا ثبت لَهُ الربع صحَّ ما قلنا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّ الكلام الثَّانِي صحيحٌ بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّ الثابت عيـنٌ من الأولين، والكـلام الْأَوَّل فِي حق العين غير نازل، فَصَـارَ المضموم إِلَى

الداخل فِي حق الداخل عَبْدَاً، فصح الكلام الثَّانِي فِي حق الداخل بكل حال، فأمَّا الثابت فَإِنَّهُ يحتمل أن يعتق بالكلام الْأَوَّل فَصَارَ الكلام الثَّانِي فِي حقه صحيحاً فِي حال دون حال، فَلِذَلِكَ يعتق ربعه.

وَاحْتَجَّ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ بمسألة الطلاق فِي مثل هَذَا الموضع أَنَّهُ يسقط من مهر الخارجة ربعه، ومن مهر الثانية ثَلَاثَة أثمانه، ومن مهر الداخلة ثمنه وَذَلِكَ ربع النصف الساقط، فثبت أنَّ حطها الربع دون النصف، وَقَدْ قيل أَنَّهُ قولَهُ، فأمَّا عندهما فَإِنَّهُ يَنْبَغِي أن يسقط من مهر الداخلة ربعه.

وَقَدْ ذكرنا الفرق إن سلمنا فِي موضعه.

٤٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي مدبرٍ كاتبه مَوْلَاهُ فِي صحته بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وقيمته ثلاثمائة دِرْهَم، ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ، وَلَا مال لَهُ غيره؛ قَالَ: إِنْ شَاءَ العَبْد سَعَى فِي ثلثي قيمته، وَإِنْ شَاءَ سَعَى فِي جَمِيع المُكَاتَبَةِ، وَإِنَ كَاتَبَهُ قَبْلَ التَّدْبِيرِ، فإِنْ شَاءَ سَعَى فِي ثُلُثَي المُكَاتَبَةِ، إِنْ شَاءَ سَعَى فِي ثُلُثَي قِيمَتِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يسعى فِي الأقل من ذَلِكَ.

يريد بِهِ فِي المسألة الثانية.

فأمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فعند أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يسعى فِي الأقل من الَّذِي قدره أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ يسعى فِي الأقل من ثلثي قيمته، ومن ثلثي كتابته.

وهما مسألتان، مسألة الخيار، ومسألة المقدار.

أَمَّا مسألة الخيار: ففرع ما سبق من يجزئ الإعتاق لما كَانَ متجزئاً عند

أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ عتق ثلثه بالتدبير، وبقي عَبْدَاً، وثبت لَهُ جهتا عتق، جهة كتابة مؤجلة، وجهة سعاية حالة، فصح التخيير لتفاوت الأمرين، وعندهما عتق كله، وَقَدْ لزمه أحد المالين، فَلَا فائدة فِي التخيير، فلزمه الأقل.

وَأَمَّا مسألة المقدار: فَقَدْ أجمعوا فِي تقدم الكتابة أَنَّ المقدار من الكتابة الثلثان، وأنَّه سقط ثلث بدل الكتابة كما سقط ثلث القيمة، وَأَمَّا إِذَا تأخرت الكتابة، فَكَذَلِكَ قول محمَّد ﵀.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُفَ ﵄ لَا يحط شيء من بدل الكتابة ههنا، طريق محمَّد ﵀ ظاهرٌ وَهُوَ أَنَّ ثلث الرقبة قَدْ سلم للمدبر، لِأَنَّ عتقه وصية، وَهِيَ وصيةٌ لازمةٌ، فَلَا بُدَّ من سلامة الثلث لَهُ، ويقدر ما سلم [لَهُ][1]، بطريق الوصية يستحيل أن يجب عَلَيْهِ بدله.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو عتق كله من الثلث لَمْ يلزمه شيء من الكتابة؟ فَكَذَلِكَ إِذَا عتق ثلثه وجب أن يسقط عَنْهُ ما يقابله، وَقَدْ كَانَ الْمَال مقابلاً بكل الرقبة، لِأَنَّهُ قابله بِهَا بقولَهُ كاتبتك، وبدليل أَنَّهُ إِذَا أَدَّى فِي جناية سلم لَهُ كل مكاسبه، وَإِذَا خرج من الثلث عتق كله بلا سعاية، وسلم [لَهُ كل][2] مكاسبه أَيْضَاً، وَلَوْ كَانَ مقابلاً بثلثي الرقبة لما سلم لَهُ [كل][3] مكاسبه، ولما عتق كله كما إِذَا تقدمت الكتابة، وَإِنَ قلتم إن ثلثه لَا يسلم لَهُ إِذَا اختار المكاتبة كَانَ باطلاً، لِأَنَّ الشرط لَا يحتمل النقض وَقَدْ وجد.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄ أَنَّ الْمَال مقابل بِمَا يصح مقابلته بِهِ، وبما لَا

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

يصـح، فانصرف كله إِلَى ما يصح، كرجل طَلَّـقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً بألف، لزمها الألف كله مقابلاً ما بقي لما قلنا، وكما قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي نكاح امرأتين، أحدهما لَا تحل لَهُ بألف، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ التدبير يوجب اسـتحقاق ثلث الرقبة لَا محالـة، لِأَنَّ ذَلِـكَ لَا يخلُ عن السـلامة إِلَّا بعارض واسـتحقاق الْمَال بإزاء ما يسـتحق بحكم التدبيـر وإِنْ كَانَ صحيحاً، لكنَّ الظاهر صرفه عـن ذَلِكَ بناءً عَلَى ظاهر الاسـتحقاق، وَلَيْـسَ كما إِذَا أَدَّى فِي حياته، لِأَنَّ اسـتحقاق الثلث قَدْ بطل، فبطل التقدير الَّذِي قلنا.

وَلَا يلزم إِذَا خرج من الثلث، لِأَنَّهُ سلم جميع رقبته هنا، فَلَا بُدَّ من البراءة.

٤٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَـالَى، فِي عبدٍ بين رَجُلَيْنِ قَالَ أحدهما: إن دَخَلَ فُلَانٌ غَداً هَذِهِ الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَدْخُلَ فَهُوَ حُرٌّ؛ فَمَضَى غدٌ وَلَا يدري، فَإِنَّهُ يعتق وَيَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ بَيْنَهِمَا.

هَذَا قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَأَمَّا عند محمَّد رَحِمَهُ اللهُ يسعى فِي جميع قيمتـه، ذكره فِي غَيْرِ هَذَا الْكِتَاب فِي الجامع والعتقاء والولاء، والمذهب عند أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يسـعى فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ بكل حال موسـرين كانا أَوْ معسـرين، وَإِنَ اختلف حالهما يسعى للموسر فِي ربع قيمته.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يسـعى للكل إِنْ كَانَا معسرين، وإنا كانا موسرين لَمْ يسع فِي شَيْءٍ، وإِنْ كَانَ أحدهما موسراً والآخر معسراً سَعَى للموسر فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ.

وجه قول محمَّد رَحِمَهُ اللهُ: وَهُوَ أَنَّ المقضى عَلَيْهِ بسـقوط السـعاية مجهول، أَمَّا

هَذَا الْمَوْلَى، وَأَمَّا هَذَا، فَلَا يصح القضاء إِلَّا بالتوزيع، وَلَا سبيل إِلَيْهِ لِأَنَّهُ ثابتٌ عَلَى العين حقيقـة، لأنَّا نعلم أنَّ أحدهما بِعَيْنِهِ حانث، وَإِذا كَانَ عيناً بيقين بطل التوزيع بخلاف الطلاق الواقع فِي غَيْرِ العين ابتداء، والعتاق، لِأَنَّ ذَلِكَ لما كَانَ غير عين لَمْ يَكُنْ التوزيع منافياً لَهُ، ولأنَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا شهد عَلَى صاحبه بالحنث، فَصَارَ كعبد بين اثنين، شهد كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صاحبه بالعتق.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّا تيقنا بالبراءة عن نصف السعاية، والقضاء بالسعاية مع العلم بالبراءة باطلٌ، وَهَذَا لأنَّا تيقنا يحنث أحدهما، والجهالة بالتوزيع يزول.

وقولَهُ بأنَّ التعيين يمنع التوزيع باطل.

قَالَ فِي كِتَاب التحري فِي عشرة رجالٍ لكل أحدٍ منهم جارية، فأعتق أحدهم جاريته، ثُمَّ صَارَ لَا يُدرى الَّذِي أَعْتَقَ والتي أُعتقت، ثُمَّ اجتمعن فِي مِلْكِ وَاحِدٍ ثُمَّ مَاتَ، أَنَّهُ يحكم بعتقهن، وتسعى كل وَاحِدَة [منهن](١) فِي تسعة أعشار قيمتها، وَكَذَلِكَ إن أَعْتَقَ رجل جارية بِعَيْنِهَا من جواريه ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يبين، فَإِنَّهُ يشيع العتاق فِيهِنَّ، كَذَلِكَ ذكره هناك، وَهَذَا لِأَنَّ إيجاب العتق إمَّا أن يبطل وَلَا سبيل إِلَيْهِ، وَلَا طريق للعمل بِهِ عند فوت البيان إِلَّا بالشياع.

والعتق الموجود لَا يحتمل العدم، والمعدوم [مِنْهُ](٢) يحتمل الوجود فَصَارَ الوجود أولى، قَالَ لو كَانَ الحلف فِي العبدين، فحلف هَذَا يعتق عبده عَلَى حدة، وَهَذَا يعتق عبده عَلَى حدة، لَمْ يعتق واحدٌ مِنْهُمَا، لِأَنَّ المقضي عَلَيْهِ مجهولٌ، والمقضي لَهُ مجهولٌ أَيْضَاً، فبطل القضاء أصلاً.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

٤٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لجاريته: إِنْ كَانَ أُوَّل وَلَدٍ تلدينه غُلَامَاً فَأَنْتِ حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ غُلَامَاً وَجَارِيَةً، وَتَصَادَقُوا أَنَّهم لَا يَـدْرُونَ أَيُّهُمَـا أَوَّل؛ قَالَ: يعتق نِصْفَ الأَمَةِ وَالغُـلَامُ عَبْدٌ، ويعتق نِصْفَ البِنْتِ.

وَإِنْ قَالَ مولى الْجَارِيَة ولدت الْجَارِيَة أولاً، فالقول قولَهُ مع يمينه عَلَى علمه، وَإِنَ ادعـت الأمة أنَّ الغـلام أول حلف الْمَوْلَى، فإن نكلَ عـن الْيَمِين عتقت الأم والبنت ورق الابن، واليمين عَلَى العلم، وَهَذَا التفصيل عَلَى وجوه:

مـن ذَلِكَ: أن يتصادقـوا أَنَّهم لَا يدرون، والجـواب أنَّ الغلام عبد بيقين إن تقدمـت ولادته أَوْ تأخرت، والأم حرة إن تقدم الغـلام، وَكَذَلِكَ البنت أَيْضاً حرة فِـي هَذِهِ الحالة لعتـق الأمِّ وَإِنَ تأخرت ولادته لَمْ يعتق وَاحِدَة مِنْهُمَا، فصارت كل وَاحِدَة تعتق مرة وترق أُخْرَى، فيعتق نصف كل وَاحِدَة، وتسعى فِي نصف قيمتها.

ووجه آخر: أن تدعي الأمُّ أنَّ الغلام أولٌ، وأنكر الْمَوْلَى، وَقَالَ الْجَارِيَة أولٌ، والجارية صغيرةٌ، فإنَّ القولَ قولُ الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ ينكر الشـرط، ويحلف عَلَى علمه، فـإن نكلَ عتقـت الأمُّ والبنت، وَإِنَ حلف فإن القول قولَهُ، وَلَا يعتق شـيء مِنْهُمَا، وَإِنَّمَـا يصح خصومة الأم عن البنت مَا دَامَتْ صغيرة، فـإِنْ كَانَتْ كبيرة لَمْ يَصِحَّ، والوجه الآخر: أن يتصادقوا عَلَى أنَّ الغلام هُوَ الأَوَّل، فيعتق الأمَّ والبنت، والآخر أن يتصادقوا عَلَى أن الْجَارِيَة أول، فَلَا يعتق أحد.

وَإِنَ ادعـت الأمُّ أنَّ الغلام أول وَلَمْ تدعِ الْجَارِيَة شَـيْئاً من ذَلِكَ وَهِيَ كبيرة، فـإنَّ الْمَوْلَى يحلف، فَإِنْ حَلَفَ لَمْ يثبت شـيء، وَإِنْ نكلَ عتقت الأمُّ دون البنت،

لِأَنَّ النكول إِنَّمَا يصح باعتبار الدَّعْوَى، والدعوى إِنَّمَا وجد فِي نصيب الأمِّ خاصة، والنكول إِنَّمَا يصير حجة باعتبار الدَّعْوَى.

وَكَذَلِكَ إِذَا ادعت البنت خاصة، والأمُ لَمْ تدع العتق، وساعدت الْمَوْلَى.

٤٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ: أَحَدُ عَبْدِيَّ هَذينِ حُرٌّ، وَشَهِدَ عَلَيْهِ شَاهِدَانِ بِذَلِكَ؛ قَالَ: شَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي وَصِيَّتِهِ، وَيموتُ القَائِلُ، وَيَترِكُ وَرَثَةً وَيُنْكرونَ.

فالشهادة ههنا جائزةٌ وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: الشهادة جائزةٌ فِي الصحة، ويجب عَلَى أن يوقع العتق عَلَى أحدهما، وَهَذَا الفصل عَلَى وجوه:

أحدهما: إن شهد الشهود عَلَى أَنَّهُ أَعْتَقَ أحدهما بِعَيْنِهِ لكنا نسيناه.

والثاني: إن شهدا عَلَيْهِ أَنَّهُ أَعْتَقَ أحدهما بِغَيْرِ عينه، وَإِنَّمَا شهدا فِي حياته وصحته.

والثالث: إن يشهدا [عَلَيْهِ أَنَّهُ أَعْتَقَ أحديهما بِغَيْرِ عينه][1] فِي مرض موته، أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ فِي مرض موته، أَوْ شهدا عَلَى التدبير فِي الصحة أَوْ فِي المرض، وشهدا بعد الموت بِشَيْءٍ من ذَلِكَ.

أَمَّا إِذَا شهدا بالعين وأَنَّهما نسيا ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ، لأَنهما أقرا بالفعلة، وَإِنَ

(١) فِي ب

شهدا عَلَيْهِ فِي صحته أَنَّهُ قَالَ: أحدكما حرٌ، أَوْ أَنَّهُ دبر أحديهما، فإنَّ الشهادة باطلةٌ عنـد أَبِـي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: هِيَ جائـزةٌ، وأصل ذَلِكَ أنَّ الدَّعْـوَى شـرط عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِـي عتاق العَبْد، وعندهما لَيْسَ بشـرط، فَلَمَّا كَانَتْ الدَّعْوَى شرطاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ امتنعت بسبب الجهالة، فبطلت الشهادة، وعندهما الجهالة دون العدم، فَلَمْ تبطل بِهَا الحجة، كما لَا يبطل بالعدم.

[مطلب: في الشهادة على العتق]

والشـهادة عَلَى عتق إحـدى الأمتين [بِغَيْرِ عينها](1) مثل الشـهادة عَلَى عين أحد العبدين، لِأَنَّ الشهادة بعتق الأمة إِنَّمَا يَسْتَغْنِي عن الدَّعْوَى عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ لمـا فِيهِ من تحريم الفرج، وعتق إحدى الأمتين بِغَيْرِ عينها لَا يوجب تحريم الفرج عنـده حَتَّى لَمْ يُجعل الوطء بياناً، وَإِذا لَمْ يوجب التحريم صَارَ عتق أحد العبدين، وعتق أحد الأمتين سـواء، وَأَمَّا إِذَا شـهدا فِي مرض موته أَنَّهُ قَـالَ فِي مرضه هَذَا: أحدكما حر، أَوْ شهدا فِي مرضه بالتدبير فِي أحديهما غير عين، أَوْ شهدا بعد وفاته أَنَّهُ دبر أحديهما فِي الصحة أَوْ فِي المرض، فإنَّ القياس أن لَا تقبل الشهادة فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَفِي الاستحسان يقبل.

وجه القياس ما قلنا إنَّ المدعي مجهولٌ.

وَفِي الاستحسان طريقان:

أحدهما: أنَّ هَذَا المشـهود بِهِ وصية، لِأَنَّ الإعتاق فِي مرض الموت وصية، وَكَذَلِـكَ التدبيـر فِي الصحة أَوْ فِـي المرض، فَكَانَ الخصم فِـي تنفيذ الوصية هُوَ الموصي وَهُوَ خصمٌ معلومٌ، وعنه خلف وَهُوَ الْوَصِيّ أَوْ الوارث.

---

(١) فِي ب

ووجه آخر: أنَّ الإعتاق المبهم يشـيع بالموت فيهما جَمِيْعَاً، فيصير عَلَى هَذَا الاعتبار كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا خصماً متعيناً، فوجب قبول البينة، وَإِنَ شهدا بعد موته أَنَّهُ قَالَ فِي حياته وصحته: أحدكما حر، فَلَا نَّص فِيهِ، واختلف المشـايخ فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لاختلاف طريقي الاستحسان.

إِنْ كَانَ الطَّرِيـق هُوَ الوصية لَمْ يقبل ههنا، وإِنْ كَانَ الطَّرِيق هُوَ الشـياع قبلت البينة ههنا.

والصحيح أن يقبل لجواز أَنْ يَكُونَ معلولاً بالعلتين فيتعدى بِأَحَدِهِمَا.

٤٤٤- وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رَجُلٍ شهد عَلَيْهِ شاهدان أَنَّا سمعناه يقـول: إحدى هاتـين طالق، وَهُوَ يجحـد ذَلِكَ أخرته وأجبرتـه عَلَى أن يوقع الطلاق عَلَى أحديهما وَهُوَ قولَهُم جَمِيْعَاً.

لِأَنَّ الطلاق لَا يخلوا عن تحريم الفرج إِنْ كَانَ ثَلَاثَاً أَوْ وَاحِدَة بائنةً، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَـتْ وَاحِـدَة رجعيةً، لِأَنَّهَا لتعليـق البينونة، ووقوعها فِي غَيْـرِ العين يوجب الحرمة، حَتَّى صَارَ الوطء بياناً بِالْإِجْمَاعِ.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ إِذَا طلـق أحديهما رجعياً ثُـمَّ وطِأَ أحديهمـا كَانَ بياناً فصحت الشهادة مِنْ غَيْرِ الدَّعْوَى.

٤٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَـالَى، فِي أَمِّ وَلَدٍ بَينَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ؛ قَالَ: لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ شَـيْئاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا.

وَكَذَلِـكَ عَلَى هَذَا الاختلاف، أمُّ ولد بين اثنين مَاتَ أحدهما حَتَّى عتقت لَمْ تسـعَ لِلْآخَرِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وسّعَتْ عندهما، وَكَذَلِكَ أمُّ ولد بين اثنين ولدت وَلَدًا فَادَّعَاهُ أحدهما، فَإِنَّهُ يثبت نسـبه مِنْهُ، وَلَا شـيء عَلَيْهِ من ضمان، وَلَا سـعاية لشريكه.

وقالا: يضمـن نصف قيمته لشريكه إنْ كَانَ مُوسِرًا، وَسَـعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ إنْ كَانَ مُعْسِرًا بخلاف المدبر فِي هَذَا كله.

[مطلب: في بيع الأمة وهي حامل]

وَكَذَلِكَ رجل بَاعَ أمة حاملاً، فَوَلَدَتْ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بعد البيع، ثُمَّ مَاتَتِ الأم عند الْمُشْـتَرِي فادعى البَائِع الْوَلَد صحَّ، وَعَلَى البَائِع أن يرد جميع الثَّمَن، وَلَا يحبس بإذاء الأمِّ شَـيْئاً عند أَبِـي حَنِيفَةَ ﵀، وعندهما يحبـس حصتها من الثَّمَن، وَكَذَلِـكَ عَلَى هَذَا الاختلاف رجلٌ عصب أمَّ ولدِ الرَّجُل فَهَلَكَتْ عنده، لَمْ يَضْمَنْ شَـيْئاً عند أَبِـي حَنِيفَةَ ﵀، وضمن قيمتهـا عندهما، ذكر ذَلِكَ بعد هَـذَا فِي كِتَاب الغصب.

والمسـألة الَّتِي ذكر ههنا عينها من الخواص، ووجه قولَهُما: إنَّ أمَّ الْوَلَد مالٌ متقومٌ، مضمونٌ بِمَا قلنا، كالمدبر.

وبيانه: أَنَّها كَانَتْ متقومة قبل الِاسْتِيلَاد، وبالاستيلاد لَمْ يثبت إِلَّا حق العتق، وبغيره اسـتحقاق لَا يرد عَلَيْهِ الإبطال، وَلَيْسَ بين استحقاقه وبين بقاء التقوم تناف كمـا فِي المدبر، لِأَنَّ التقوم والمالية يسـقطان بالعين لَا باسـتحقاقه، واسـتحقاق العدم لَا يوجب العدم، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يطأها ويؤاجرها ويستخدمها كرهاً؟

وَإِنَّمَا الملك ضربان؛ ملك النكاح وَلَمْ يوجد، فَلَا يبقى إِلَّا ملك الْيَمِين، وَلَا يلزم أَنَّها لَا تسعى لغريم وَلَا لوارث، لِأَنَّ ذَلِكَ دلالة الصرف إِلَى الحاجة دون العدم.

أَلَا تَرَى أَنَّ ما يصرفه المريض إِلَى صلح عن قَوَدٍ أَوْ إِلَى مهر امرأة أَوْ شرب دواء يعتبر من رأس الْمَال، ويقدم عَلَى حق الوارث، ومنه ما تقدم عَلَى حق الغريم وَهُوَ الكفن والصرف إِلَى دواء وغيره، وَلَمْ يدل ذَلِكَ عَلَى سقوط قيمته، فَكَذَلِكَ ههنا الِاسْتِيلَاد استفراش وطلب للنسب، وَذَلِكَ من حوائجه.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ تقوّم الْمَال عندنا ثابتٌ بالإحراز، وَقَدْ كَانَتْ هَذِهِ تحرز لماليتها، ولما صَارَتْ أم ولد تحصن، وتحرز للنسب، والاستمتاع، وَلِذَلِكَ صَارَتْ فراشاً بِالْإِجْمَاعِ فَصَارَ الإحراز فِي حكم التقوم تبعاً، فبقي التقوم، لَكِنَّهُ صَارَ تبعاً، فَلَمْ يبق مضموناً، وَلَهُذا لَمْ تسع لغريم وَلَا لوارث، وَلَيْسَ من ضرورة الصرف إِلَى الحاجة أن لَا يضمن للغرماء والورثة.

٤٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي امْرَأَةٍ حُرَّةٍ تَزَوَّجَتْ عَبْداً فَوَلَدَتْ مِنْهُ فَجَنَى الْوَلَد فَمعْقِلتُهُ[١] عَاقِلةُ الْأُمِّ، ثُمَّ أَعْتَقَ الْأَبَ؛ قَالَ: تَجُرِ مَواليهِ وَلَاءَ الْوَلَدِ، وَلَا يَرْجِع مَوَالِي الأمِّ بِشَيْءٍ مِمَّا أَدُّوا.

أَمَّا الولاء فَإِنَّهُ لما كَانَ بِمَنْزِلَةِ النسب كَانَ للأب إِلَّا عند العجز، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الأب عَبْداً لَا ولاء عَلَيْهِ، فأُلحق بقوم الأمّ، فَصَارَ عَلَيْهِم عقل جنايته، فَإِذَا

---

(١) يعنى عاقلته، لكونه لَا عاقلة لَهُ من جهة الأب

أَعْتَقَ الأب جر الولاء لزوال المانع كالملاعن إِذَا أكذب نفسه أنَّ النسب يعود إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يثبت الولاء من قوم الأب مقصوداً عَلَى حال عتق الأب، فَلَا يظهر أنَّ قوم الأمِّ قضوا ديناً عَلَى مولى الأب، بَلْ قضوا ديناً عَلَيْهِم وعن أنفسهم فَلَمْ يرجعوا.

٤٤٧- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: فِي رَجُلٍ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي ذكرٌ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَهُ جارية حامل فَوَلَدَتْ وَلَدَاً ذكراً، قَالَ: لَا يعتق.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، لِأَنَّ العتق أضيف إِلَى مملوك مطلق، والحمل غير مملوك مطلق، لِأَنَّهُ مملوك تبعاً لَا قصداً، ورقيق تبعاً لَا قصداً فَصَارَ مقيداً فَلَمْ يتناوَلَهُ المطلق، كما لَمْ يتناول الْمُكَاتَب.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ عضوٌ مِنْ وَجْهٍ، واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء.

[بَابُ العِتْقِ عَلَى جَعَلَ والكِتَابَةِ]

٤٤٨- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ موتي عَلَى أَلْفِ دِرْهَم، قَالَ: القَبُولُ بَعْدَ المَوتِ.

وَهِيَ من الخواص، لِأَنَّ إيجاب العتق أضيف إِلَى ما بعد الموت، وَإِنَّمَا يشترط القبول بعد نزول الإيجاب.

كما لو قَالَ: أنت حرٌ غداً بِأَلْفِ دِرْهَم.

٤٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي أَرْبَعَ سِنِينَ، وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ ﵀. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: عَلَيْهِ قِيمَةُ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ، وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ الْأَوَّل.

وهذه فرع مسألة بيع العَبْد من نفسه بجارية، أَوْ إعتاقه عَلَيْهَا بِعَيْنِهَا، ثُمَّ استحقت أن عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄ يَرْجِع الْمَوْلَى بقيمة عبده كما فِي البيع، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: يَرْجِع بقيمة الْجَارِيَة الَّتِي هُوَ عوض كما فِي النكاح.

وعرفت هَذِهِ المسألة فِي البيوع، فَكَذَلِكَ ههنا جَازَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ كبيع العَبْد سكنى دار، وقبض العَبْد ومَاتَ عنده ثُمَّ انهدمت الدار أَوْ استحقت فَصَارَ عند محمَّد ﵀ كالنكاح.

٤٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِيهِ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا؛ قَالَ: يعتق الآخَرَ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَ الآخَرَ، وَإِنْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ موتي عتق الآخر، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لامرأتيه: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَت إِحْدَاهُمَا طَلَقَتْ الأُخْرَى.

لِأَنَّ البيع والإعتاق تَصَرُّفان يحِلان محلًا واحداً وَهُوَ الرقبة بصفة التقوم والمالية، وهما متضادان، فَكَانَ من ضرورة إثبات أحدهما عدم الآخر.

وإليه ذَلِكَ باعتبار البيان، فيضمن هَذَا البيان ضرورة التنافي ليصح إثباته، وَكَذَلِكَ إِذَا أنشأ إعتاق أحدهما، أَوْ قَالَ لَهُ: أَنْتَ حُرٌ بَعْدَ موتي عتق الآخر لما بينا أَنَّ بين وجوب الأَوَّل وبين ابتداء الإيقاع أَوْ التعليق أَوْ الإضافة مضادةٌ.

وَإِذَا مَاتَ أحدهما عتق الباقي، لِأَنَّ قولَهُ: (أحدكما حرٌ) يحتمل العين، ويحتمل غير العين فَصَارَ البيان إنشاء مِنْ وَجْهٍ، وإظهاراً مِنْ وَجْهٍ، فَكَانَ محل الإنشاء شرطاً، وبالموت بطل فتعين الآخر، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الطلاق.

٤٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ بَينَ رَجُلَيْنِ أعتقه أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُعْسِرٌ؛ فَإِنْ شَاءَ الآخَرُ أَعْتَقَ، وَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى، وَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا. وإنْ كَانَ مُوسِرًا فإن شاء شريكه أَعْتَقَ نصيبه والولاء بينهما، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى والولاء بينهما، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ شريكه، ورجع بِهِ الشريك

عَلَى العَبْـدِ، فَإِذَا قبض عتَق والولاء لَهُ، وقالا: إِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَـعَى فِي نصيب شريكه، وإِنْ كَانَ مُوسِرًا ضَمِنَ وَلَمْ يَرْجِع عَلَى المعتق.

وهذه المسألة معروفة لكنَّها بهذا الإشباع لَا توجد إِلَّا ههنا.

٤٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَـالَ لِأَمَتيهِ إِحْدَاكُمَـا حُرَّة ثُمَّ جَامَـعَ إِحْدِيهِمَا؛ قَالَ: لَا يعتقُ الأُخْرَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يَعْتقُ الأُخْرَى.

وجـه قولَهُما: إنَّ العتاق مِنْ وَجْهٍ نازلٌ فِي العيـن، ومِنْ وَجْهٍ فِي غَيْرِ العين، فَصَارَ البيان إظهاراً مِنْ وَجْهٍ [وإنشاء مِنْ وَجْهٍ][1].

وَعَلَـى هَذَا الاعتبار يقـع الوطء فِي غَيْرِ الملك لو لَمْ يجعل بياناً، فجعل بياناً تحرياً للحل، كما فِي الطلاق، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ الوطء لَيْسَ ببيان وضعاً، وَلَيْسَ ببيان حكماً، لِأَنَّ بيان العتق فِي هَذِهِ الموطوءة لَا يوجب العتق فِيهَا قبل الوطء، لِأَنَّ الكلمـة إِنَّمَا أضيفت إِلَى غير العين، لَكِنَّهُ ثبت بِهِ شـبهة التحريم، وهذه حرمة غير مقصودة، أعني الحرمة الواقعة بالعتق، فَلَا يتعدى إِلَى الشـبهات بخلاف الطلاق، لِأَنَّ حرمته مقصودة، فتعدت إِلَى الشبهات.

٤٥٣- مَسْأَلَةٌ

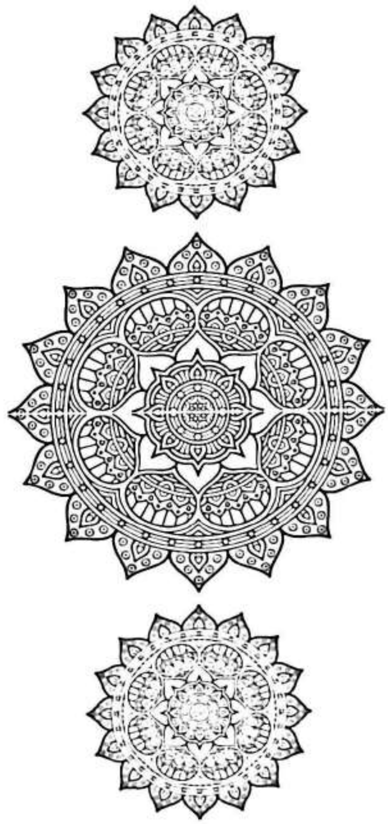
مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ

---

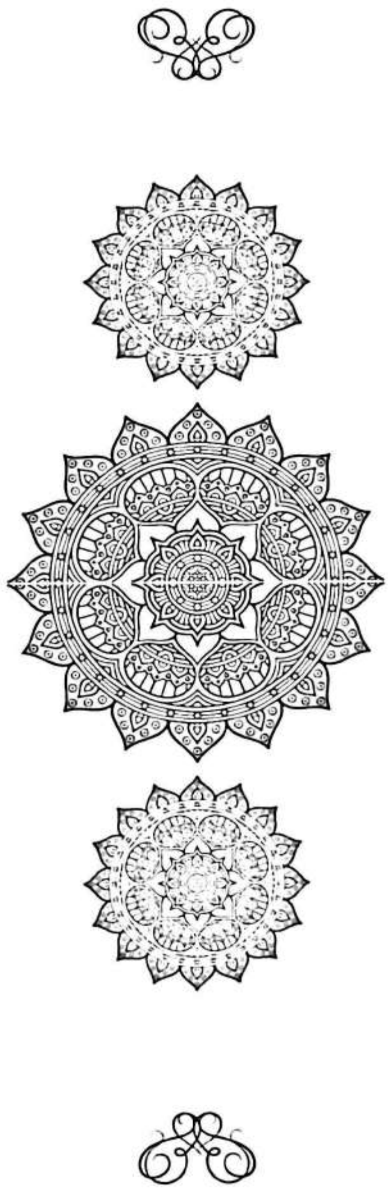
(١) فِي ب

أملكــه وكُلُّ مَمْلُــوكٍ لِي حُرٌ بَعْدَ غدٍ، وَلَهُ مملوكٌ ثُمَّ اشْــتَرَى مَمْلُوكًا آخر؛ قَالَ: يعتق إِذَا جاء بعد غدٍ الَّذِي كَانَ فِي مِلْكِهِ يوم حلف، وَلَا يعتق الآخر.

لِأَنَّ هَـذَا الإيجـاب أضيف إِلَى ملك الحالـف، لِأَنَّ قولَهُ أملكـه للحال إِذَا أطلق، وَكَذَلِكَ قولَهُ لِي للحال أَيْضاً.



٨- كِتَابُ الأَيمَانِ



٤٥٤- مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يَسْكُن هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ مِنْهَا وَأَهْلُهُ وَمَتَاعُهُ فِيهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ لَا يَعُودَ؛ قَالَ: يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ.

وجملة هَذِهِ المسألة أنَّها عَلَى وجوهٍ:

إمَّا أن تكون المسألة فِي المصر، أَوْ فِي القرية، أَوْ الدار، أَمَّا فِي المصر فَإِنَّهُ قَدْ روي عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِذَا حلف لَا يسكن مصر كذا، فَإِذَا انتقل بِنَفْسِهِ برّ، وَلَا يتوقف البرُّ عَلَى نقل المتاع والأهل، وَفِي البيت والدار يحنث إِلَّا أن ينقل الأهل والمتاع.

واختلف مشايخنا فِي القرية، فحملها بعضهم عَلَى المصر، وبعضهم عَلَى الدار، أَمَّا فِي الدار فلأنَّه لَا بُدَّ من نقل المتاع والأهل عندنا، لِأَنَّ السكنى تنسب إِلَى الدار باعتبار الوطن والأهل، فيقال فلان يسكن فِي دار كذا، وإِنْ كَانَ فِي عامَّة النَّهار فِي السوق، وَفِي المصر بخلافه، فإِنَّ الرَّجُل قَدْ يكون ساكناً فِي مصر وَلَهُ فِي مصرٍ آخرَ أهلٌ ومتاع، وَلَا يُنسب إِلَيْهِ مع ذَلِكَ.

ثُمَّ اختلفوا فِي كيفية النقل، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: رَحِمَهُ اللَّهُ لَا بُدَّ من نقل الكل أعني بِهِ نقل المتاع، فأمَّا الأهل فَلَمْ يختلفوا فِي نقلهم حَتَّى لو بقي وتد مثلاً لَمْ يبرَّ، لِأَنَّ السكنى ثابتةٌ بالكل، فَلَا ينقضي ما بقي شيء مِنْهُ لوقوع الشك، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يعتبر الأكثر، لِأَنَّ نقل الكل قَدْ يتعذر.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يعتبر نقل ما يقوم بِهِ كرحل آنية، لِأَنَّ ما وراء ذَلِكَ لَيْسَ

من السكنى وَهَذَا حسن، وَإِنَّمَا ينتقل من حين حلف بلا تأخير، وَإِذا انتقل إِلَى منزل آخر انقطع الْأَوَّل، وَإِذا انتقل إِلَى السكة أَوْ إِلَى الْمَسْجِد فَقَدْ قالوا أَنَّهُ لَا يبر استدلالاً بِمَا ذكر فِي الزيادات: فِي كوفي انتقل بأهله ومتاعه إِلَى مَكَّةَ ليستوطنها، فَلَمَّا دَخَلَ بدا لَهُ أن يعود إِلَى خراسان فعاد، ومرَّ بِالْكُوفَةِ قَالَ يُصَلِّي بِهَا رَكْعَتَيْنِ لِأَنَّ وطنه بِهَا قَدْ انقطع، فإن بدا لَهُ قبل أن يدخلها فَإِنَّهُ إِذَا مرَّ بِالْكُوفَةِ صَلَّى بِهَا أَرْبَعَاً، لِأَنَّهُ لما لَمْ يتخذ وطناً آخر بقي وطنه بِالْكُوفَةِ.

فَكَذَلِكَ هنا ما لَمْ يتخذ وطناً آخر بقي وطنه الْأَوَّل.

٤٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِآخَرَ: إِنْ غَسَّلْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ فَغَسَّلَهُ بَعْدَ مَا مَاتَ؛ حَنِثَ هَذَا عَلَى الحَيَاةِ وَالْمَوْتِ.

لِأَنَّ الغسل بصورته ومعناه لَا يختص بالحياة، لِأَنَّ الموت لَا ينافي الغسل صورة، وَكَذَلِكَ معناه وَهُوَ التطهير.

[بَابُ اليَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالقَتْلِ]

٤٥٦- قَالَ: وَلَوْ قَالَ: إِنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ، قَالَ: هَذَا عَلَى الحَيَاةِ، وَكَذَلِكَ الكِسْوَةُ وَالكَلَامُ وَالدُّخُولُ.

أَمَّا الضرب فلأنَّه لَا يتحقق بعد الموت، لِأَنَّ معناه الإيلام، والإيجاع والموت ينافيه، وَأَمَّا الكسوة فعبارةٌ عن تمليك الثوب فِي كلام العرب، والموت ينافيه، وَأَمَّا الدُّخُول فللزيارة، وَإِنَّمَا يزار بعد الموت قبره لَا عينه، قَالَ النَّبي ﷺ: (إِنِّي كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا)[1]، وَكَذَلِكَ الكلام لِأَنَّ معناه الإفهام، والموت ينافيه.

أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ تَعَالَى: ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسۡمِعٖ مَّن فِي ٱلۡقُبُورِ﴾ [فاطر: ٢٢] إِلَّا أن يشاء الله تَعَالَى وَإِنَّمَا يعتبر فِي الحكم ما ظهر من الأحوال[2].

٤٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ إِنْ خَرَجْتُ

---

(١) رواه النسائي برقم/ ٥٦٦٨/. وأحمد فِي مسنده برقم/ ٤٣١٩/ وغيرهما.

(٢) ومعنى ذَلِكَ أننا نعتبر الظاهر وَهُوَ أَنَّ الميت لَا يظهر عَلَيْهِ آثار السمع كالحي، لِأَنَّ قولَهُ ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسۡمِعٖ مَّن فِي ٱلۡقُبُورِ﴾ أي الكفار الذين أمات الكفر قلوبهم، إذ اتفق أَهْل السنة والجماعة عَلَى أَنَّ الميت يسمع كما فِي قولَهُ ﷺ: (وإنّه ليسمع قرع نعالهم) البخاري برقم/ ١٣٣٨/، مسلم برقم/ ٢٨٧٠/، وكما فِي قولَهُ ﷺ فِي قتلى بدر من أَهْل القليب: (ما أنتم بأسمع منهم ولكن لَا يجيبون) البخاري برقم/ ١٣٧٠/.

إلَى مَكَّـةَ فَعَبْدِي حُرٌّ، فَخَرَجَ مِنْ مِـصْرِهِ يُرِيدُ مَكَّةَ، ثُمَّ رَجَعَ؛ قَالَ: قَدْ حَنِثَ، قَالَ: وَلَوْ قَالَ إنْ أَتَيْتُ مَكَّةَ فَعَبْدِي حُرٌّ، فَهَذَا لَا يَحْنَثُ إلَّا أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ.

وَهِيَ ثلاث مسائل: الخروج، والإتيان، والذهاب.

أَمَّـا الخروج فاسـمٌ للانفصال لَا غير، فَـإِذَا انفصل المرء عــن وطنه قاصداً مكاناً فَقَدْ خرج، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [النِّسَـاء: ١٠٠] وَإِنَّمَا أريد بِهِ الَّذِي أصيب قبل الوصول، وَأَمَّا الإتيان فإنَّما يُراد بِهِ الوصول، قَالَ الله تَعَالَـى: ﴿فَأْتِيَاهُ فَقُولَآ إِنَّا رَسُولَا رَبِّكَ﴾ [طه: ٤٧]، والمـراد مِنْهُ الخلوص إِلَيْـهِ، وَذَلِكَ حقيقةٌ فِي اللغة، وَأَمَّا الذهاب فَقَدْ قَالَ فِيهِ بعض مشـايخنا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الإتيان، وَهُوَ قول نُصير بن يحيى[1]، وَقَالَ بعضهم هُوَ بِمَنْزِلَةِ الخروج، وَهُوَ اختيار محمَّد بن سلمة.

وَقَدْ استـعمل فِي الأمرين جَمِيْعَاً، قَـالَ الله تَعَالَى: ﴿ٱذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُۥ طَغَىٰ ﴿٤٣﴾ فَقُولَا لَهُۥ﴾ [طـه: ٤٣-٤٤] وَذَلِـكَ بمعنى الإتيان، وَقَـالَ: ﴿فَٱذْهَبَا بِـَٔايَٰتِنَآ إِنَّا مَعَكُم مُّسْتَمِعُونَ﴾ [الشـعراء: ١٥] فأتيـاه، وَذَلِكَ بمعنى الإقبــال عَلَيْهِ، فَإِذَا احتمل وجب أن ينوي فِيهِ، وَإِنَ لَمْ ينو فِيهِ شَـيْئاً فإنَّ الأشـبه عندنا أن يحمل عَلَى معنى الخروج دون الخلـوص، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾ [الأحـزاب: ٣٣] أي ليزيله عنكـم، فثبت أنَّ الذهاب هُوَ الزوال والانفصال، وَهَذَا أصله فِي اللغة.

---

(١) نصير بن يحيى: وقيل نصر البلخي تفقه عَلَى أبي سليمان الجوزجاني عن محمَد، اجتمع بأحمد بن حنبل وبحث مَعَهُ روى عنهُ محمَد بن محمَد بن سلام، وأبو عتاب البلخي ماتَ سنة ثمان وستِينَ وَمِائتَيْنِ ﷺ تَعَالَى

٤٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ أَنْ لا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِ إِلَى جَنَازَةٍ فَخَرَجَ مِنْهَا يُرِيدُ الجَنَازَة، ثُمَّ بَدَا لَهُ فَأَتَى حَاجَةً أُخْرَى؛ قَالَ: لَا يَحْنَثُ لِأَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ عَنْ كُلِّ خُرُوجٍ إِلَّا خُرُوجاً لِصِفَةٍ، وَهُوَ إِلَى الجَنَازَةِ، وَالخُرُوجُ هُوَ الانْفِصَالِ، فَإِذَا انْفَصَلَ عَلَى عَزِيمَةِ الجَنَازَةِ، فَقَدْ بَرَّ[١] فِي يَمِينِهِ لِأَنَّهُ خُرُوجٌ مُسْتَثْنَى، فَإِذَا أَتَى حَاجَةً أُخْرَى لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ خُرُوجاً، لِأَنَّ الخُرُوجَ لَا يَمْتَدُّ.

٤٥٩- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدَاً فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَتْ وَلَدَاً مَيْتَاً، قَالَ: هِيَ طَالِقٌ. قَالَ: وَكَذَا الأَمَةُ تعتقُ بِهِ إِذَا عَلَّقَ بِهِ عِتْقَهَا لِأَنَّ الشَّرْطَ وِلَادَةُ الْوَلَدِ وَالْمَيِّتُ وَلَدٌ لِأَنَّهُ إِنْسَانٌ مَولُودٌ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحْيَى فِي الآخِرَةِ وتُرْجَى شَفَاعَتُهُ.

٤٦٠- وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِيمَنْ قَالَ لأمته إِذَا وَلَدَتْ وَلَدَاً فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدَاً مَيْتَاً ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدَاً حيَّاً، قَالَ: يَعْتِقُ الْوَلَدَ الحَيَّ، وقالا: لَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِأَنَّ الشَّرْطَ وِلَادَةُ الْوَلَد، وَالْمَيِّتُ وُلِدَ لِمَا قُلْنَا، فَإِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ وَمَحَلُّ الجَزَاءِ مَعْدُومٌ لِمَنَافَاتِ الْمَوْتِ انحل الْيَمِين مِنْ غَيْرِ حَنَثٍ فَلَمْ يَعْتِقِ الثَّانِي.

ووجه قولَهُ: إِنَّ الْوَلَد المطلق قَدْ يكون حياً وميتاً، لَكِنَّهُ لما وجب فِيهِ العتق،

(١) فِي أ: فَهُوَ بار

ومـن ضرورته أَنْ يَكُونَ حياً وجب بالحياة كما قلنا فِيمَا سـبق فِي مســألة الحلف عَلَى الضرب والكلام فَصَارَ كأَنَّه قيده بِهِ صريحاً بخلاف عتق عبده وطلاق الْمَرْأَة لِأَنَّهُ يَسْتَغْنِي عن حياته الْوَلَد فبقي مطلقاً كما قلنا فِي مسألة الغسل.

[بَابُ اليَمِينِ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ]

٤٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: كُلُّ ثَوْبٍ أَلبِسُهُ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ[1]، فَيَشْتَرِي قُطْناً فَيَغْزِلُهُ ثُمَّ يُنْسَجُ فَيَلْبِسُهُ؛ قَالَ: عَلَيْهِ أَنْ يَهْدِيَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَهْدِيَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ قُطْنٍ كَانَ يَمْلِكُهُ يَوْمَ حَلَفَ.

وَهَـذِهِ مِـنْ الخَواصِّ، وجه قولَهُما ظاهرٌ لِأَنَّ النـذر إِنَّمَا يصح فِي الملك أَوْ مضافاً إِلَى سـبب الملك، والغزل واللبس ليسـا من أسباب الملك، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ أَنَّ العـادة الغالبة أَنَّ الْمَـرْأَة إِنَّمَا تغزل لزوجها من قطـن يملكه الزَّوْج فتصير الْيَمِين مقيدة بالعادة، فتصير مقيدة بالملك بهذه الدلالة، كأَنَّه قَالَ من قطن أملكه.

٤٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَـالَ: واللهِ لَا أُكَلِّمُكَ حَتَّى يَأْذَنَ لِي فُلَانٌ، فَمَاتَ فُلَانٌ؛ قَالَ: سَقَطَتْ الْيَمِينُ.

وهـذه عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄، لِأَنَّ المذهب عندهما أَنَّ الْيَمِين لَا ينعقد عَلَـى مَا لَا إمـكان لَهُ، ومتى أُضيف إِلَى ممكن ثُمَّ زال الإمـكان لَمْ يتحول إِلَى ما

---

(١) هدية

يحتمـل الوجود والإمكان، كمن قَالَ: (والله لأقتلنَّ فُلَانًا) وَهُوَ حيٌ فمَاتَ، بطلت الْيَمِيـن لِأَنَّهَا عُقدت عَلَى حيـاةٍ قائمة، فَلَا يبقى عَلَى ما يحتمل الوجود وَهِيَ حياة غيـر الْأُولَى، وَكَذَلِكَ لَوْ قَـالَ: (والله لأقتلنَّ فُلَانًا) وَهُوَ ميتٌ والحالف لَا يعلم لَمْ ينعقد عَلَى ما يحتمل لما قلنا.

وهاهنـا جعلنا الإذن غاية، وغاية الْيَمِين آخر أجزائه فيصير من البر، وَقَدْ كَانَ محتمـل الوجود، فَإِذَا مَاتَ بطـل ذَلِكَ وبقي احتمال آخر وَلَا يبقـى عَلَيْهِ الْيَمِين، وعنـد أَبِي يُوسُـفَ ﷺ يبقى عَلَى ذَلِكَ الفائت، وَإِنَ لَـمْ يحتمل الوجود لِأَنَّ عنده الْيَمِين فِي المستقبل سيُغني عن الاحتمال.

[بَابُ اليَمِينِ فِي البَيعِ وَالشِّرَاءِ]

٤٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: [إِنْ بِعْتُ لَكَ هَـذَا الثَّوبَ فَعَبْدِي حُرٌّ، فَأَخَذَ الثَّوبُ خَدِيعَةً فِي ثِيَابِهِ فَبَاعَهَا الحَالشـفُ](١) وَهُوَ لَا يَعْلَمُ؛ قَالَ: لَا يَحْنَثُ.

وَهَذَا الفصل عَلَى وجهين:

إِمَّـا أَنْ يَكُونَ معقوداً عَلَى فعل يَمْلِك بالعقود مثل البيع والخياطة والصياغة، أَوْ عَلَى مَا لَا يَمْلِك مثل أكل الطعام وشرب الشراب وضرب الغلام، وَلَا يخلو إِمَّا أن يقـدم اللام إِلَى الفعل، فَيَقُولُ: (إن بعت لـك ثَوْبَاً) أَوْ يؤخره عن العين فَيَقُولُ: (ثَوْبَـاً لك)، أَمَّا فِيمَا يَمْلِـك فَإِنَّهُ إن قدم اللام فَقَالَ: (إن بعت لك ثَوْبَاً) أَوْ (صُغت لك حلياً) أَوْ (خِطت لك ثَوْبَاً) أَوْ (بنيت لك دَاراً) فإِنَّ ذَلِكَ يقع عَلَى ملك الفعل، وَهُوَ أن يفعله بأمره سواء كَانَ العين لَهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ لأن اللام جاورت الفعل، فأوجب ملكه لَا ملك العين.

وَلَوْ أخّر اللام فَقَالَ: إن بعت ثَوْبَاً لك، فإِنَّ الْيَمِين يقع عَلَى ثوب يملكه سواء بَاعَ بأمره أَوْ بأمر غيره، لأن اللام جاورت العين، فأوجبت ملكه دون الفعل.

وَأَمَّا فِيمَا لَا يَمْلِك بالعقود مثل قولَهُ: (إن أكلت لك طَعَامَاً) أَوْ (شـربت لك

---

(١) فِي ب

شـرابا) أَوْ (ضربت لـك غلاما) أَوْ آخَّر اللام فَإِنَّهُ يقـع عَلَى ملك العين بكل حال لِأَنَّ اللام دخلت عَلَى ما يَمْلِك، وَعَلَى مَا لَا يَمْلِك فوجب صرفها إِلَى ما يَمْلِك.

وَفِي الفصل الْأَوَّل كل واحد مِنْهُمَا محتمل فوجب الترجيح بالقرب والمجاورة.

٤٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمَرْأَة تَذْهَبُ لِتَخْرُجَ، فَيَقُولُ لَهَا الزَّوْج: إن خرجتِ فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً، فَتَعُودُ فَتَجْلِسُ ثُمَّ تَخْرُجُ بَعْدَ سَاعَةٍ؛ قَالَ: لَا تَطْلُقُ.

وَكَذَلِـكَ الرَّجُل يريـد أن يضرب عبده، فيذهب ليضربه، فَقَـالَ لَهُ رجل: إن ضربتَه فَعَبْـدِي حُرٌّ فتركه ثُمَّ ضربه، لَمْ يعتق، وَكَذَلِكَ الرَّجُل يقول لآخر: (اجلس فتغد) فَيَقُولُ: (إن تغديت فَعَبْدِي حُرٌّ) ثُمَّ يأتي إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْيَوْم ويتغدى عنده[1] لَا يحنث فِي يَمِينِهِ، وَإِنَّمَا الْيَمِين فِي ذَلِكَ عَلَى الفور، والقياس فِيهِ أن يعتبر إطلاق الكلام، والاستحسـان ما ذكر أَنَّ الكلام خرج جواباً فتقيد بِـهِ واقتصر عَلَيْهِ فَصَارَ كالنـص عَلَيْهِ، كالرجل يقول لِامْرَأَتِهِ: (طلقي نفسـك) فتقـول: (فعلت) أَنَّهُ يصير كقولَهُـا طلقت، لما قلنا هَذَا فِي فصـل الغداء، وَفِي الفصلين الآخرين تقيّد بدلالة الحـال، لِأَنَّهُ قصد زجره عما قصد من الخروج، والضـرب متقيد، كمن حلف لَا يأكل هَذَا الرطب أَنَّهُ يتقيد بالحال الداعية إِلَى الحلف.

٤٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي امْرَأَةٍ تَقُولُ لِزَوْجِهَا إِنَّكَ

(١) فِي ب: عندهم

تَزَوَّجْـتَ عَلَيَّ، فَيَقُـولُ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ثَلَاثاً؛ قَالَ: تَطْلُـقُ الَّتِي حَلَّفَتْهُ، وَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

لِأَنَّـهُ زَادَ عَلَى حرف الجـواب، إذ كَانَ يكفيه أَنْ يَقُولَ: (إن فعلتُ فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً) فَصَارَ مبتدئاً فوجب العمل بعمومه وإطلاقه، وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: لَا تطلق هَذِهِ فِي الحكم، لِأَنَّ الكلام خرج جواباً فِي العادة.

وَإِنَّمَا يراد بالعموم تأكيد الجواب، وَفِي جواب الْكِتَاب: إِنْ قَالَ: (نويت تلك خاصـة دون هَذِهِ) دين فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، لِأَنَّـهُ مع الزيادة يحتمل أَنْ يَكُونَ جواباً.

٤٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِنسْوَةٍ لَهُ: هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَـذِهِ وَهَذِهِ؛ قَالَ: تَطْلُقُ الآخِرَةُ، وَلَهُ الخِيَارُ فِي الْأُولَيَيْنِ. وَكَذَا لَوْ قَالَ لِعَبِيدِهِ: هَذَا حُرٌّ أَوْ هَذَا وَهَذَا.

لِأَنَّ كلمة (أَوْ) لمَّا دخلت بين الْأُولَيَيْنِ تناولت إحداهما، فَلَمَّا قَالَ: (وهذه) كَانَ هَـذَا لتحقيق الجزاء، لِأَنَّ الواو لتحقيق[1] الشَّـرِكَة فَصَارَ عطفاً عَلَى الَّتِي هِيَ محل الجـزاء من الْأُولَيَيْنِ، وَهُـوَ إحداهما غير عين لِأَنَّ سـياق الكلام للإيجاب فيصيـر بِمَنْزِلَةِ قولَهُ: (إحداكما طالق وهـذه) أَوْ (أحدكما حر وَهَذَا) فيصير الآخر مراداً بِعَيْنِهِ.

---

(١) فِي ب: توجب

٤٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إن كَلَّمْتِ فُلَانَاً فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا أَنْ يَقْدُمَ فُلَانٌ؛ قَالَ: هَذَا بِمَنْزِلَةِ حَتَّى يَقْدُمَ فُلَانٌ.

فـإِنَّ كلمة قَبْـلَ أَنْ يقدم فلان فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً، وَكَذَلِـكَ قولَهُ إِلَّا أن يأذن لِي فلان، لِأَنَّ كلمة إِلَّا أن تستعمل بمعنى حَتَّى، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِ﴾ [البقرة: ٢٦٧] أي حَتَّى.

وتستعمل بمعنى الشرط، فإِنْ كَانَ صدر الكلام يحتمل التوقيت، كَانَ بمعنى الغايـة لإبقائه، لِأَنَّهُ منع نفسـه من الكلام فِي كل وقـت، إِلَّا أَنْ يَكُونَ كذا، فينتهي بِهِ، وَإِذا كَانَ لَا يحتمله جَعَلَ شـرطاً كقولَهُ أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أن يقدم فلان، وَقَدْ ذكرنا حقيقة ذَلِكَ فِي الجامع الكبير.

[بَابُ اليَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالخُرُوجِ وَالسُّكْنَى وَالرُّكُوبِ]

٤٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يَدْخُلَ بَيْتاً فَدَخَلَ الكَعْبَةَ، أَوْ دَخَلَ الْمَسْـجِدَ، أَوْ دَخَلَ بِيعَةً، أَوْ كَنِيسَةً، أَوْ دَهْلِيزاً، أَوْ ظُلَّةَ بَابِ الدَّارِ؛ قَالَ: لَا يَحْنَثُ، وَإِنَ دَخَلَ صُفةً حَنَثَ.

أَمَّا الكعبة فَإِنَّهُ مصَلَّى الْمُسْلِمِينَ، وَلَيْسَتْ بَيْتاً فِي العادة، وَإِنَّمَا البيت ما يبات فِيهِ، وَكَذَلِكَ الْمَسْـجِد أَيْضاً، وَكَذَلِكَ البيعة والكنيسـة لَا تسـميان بَيْتاً فِي العادة، وَكَذَلِكَ الدهليز لَيْسَ ببيت، لِأَنَّهُ لَا يصلح للبيتوتة.

وقالـوا: هَذَا اذَا كَانَ الدهليـز خارجاً من الدار تغلق دونه الباب، فأَمَّا إِذَا كَانَ البـاب عَلَى الدهليز إِذَا أغلق كَانَ الدهليز داخلاً يجب أن يحنث إِذَا كَانَ مسـقفاً، وَأَمَّا الصُفة[1] فَإِنَّهَا بيت، لِأَنَّهَا تصلح للبيتوتة، والظلة عَلَى رأس السكة تكون، فَلَا شك أَنَّها لَيْسَتْ ببيت.

❀ ❀ ❀

(١) الصفة: بيت صيفي مسقوف بجريد النخل.

[مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ الأَيْمَانِ لَمْ تَدْخُلْ فِي الأَبْوَابِ]

٤٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ: إِنْ لَمْ أَقْضِكَ دَرَاهِمَكَ الَّتِي لَكَ عليَّ فَعَبْدِي حُرٌّ فَيَبِيعُهُ بِهَا عَبْداً ثُمَّ يَقْبِضُهُ؛ قَالَ: قَدْ قَضَاهُ وَقَدْ برَّ، وَإِنَ وَهَبهَا لَهُ لَمْ يَبَرَّ.

لِأَنَّ اقتضاء الديون عندنا، إِنَّمَا يكون بطريق المقاصة بعد أن يقبض بِهِ عيناً.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إن اقتضى جنس حقه كَانَ كَذَلِكَ، وهاهنا قَدْ وَقَعَتْ المقاصة بثمن العَبْد، وحصل بِذَلِكَ قبض العين استيفاءً حكماً وعادة، وشرط قبض العَبْد لما قلنا وَلَيْسَ فِي الهبة اقتضاء، وَإِنَّمَا هِيَ إسقاط.

٤٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَحْلِفُ أَنْ لَا يُعْتِقَ عَبْدَهُ أَوْ لَا يُطَلِقَ امْرَأَتَهُ أَوْ لَا يَتَزَوَّجَ، فَأَمَرَ غَيرَهُ فَفَعَلَ، فَقَالَ: عَنِيتُ أنْ لَا أَكُونَ أَنَا الْمُتَكَلِّمَ بِذَلِكَ؛ قَالَ: يَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِذَا حَلَفَ لَا يَضْرِبَ عَبْدَهُ أَوْ لَا يَذْبَحَ شَاتَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَ ذَلِكَ، وَقَالَ: عَنِيتُ أَنْ لَا أَتَولَّى أيَّ ذَلِكَ بِنَفْسِي أَنَّهُ يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

والفـرق بين المسـألتين أنَّ فِـي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى نَوَى خـلاف الظاهر، لِأَنَّ الطلاق فعل شرعي، وَذَلِكَ أنْ يوجد من المرء تكلم يثبت بِهِ وقوع الطلاق عَلَيْهَا، والأمر بِذَلِكَ مثل التكلم بكلمة الطلاق فِي هَذَا المعنى، فَإِذَا نَوَى التكلم فَقَدْ نَوَى الخصوص فَلَمْ يصدق فِي الحكم، فأمَّا الضرب والذبح ففعل حسيّ يعرف بأثره لَا بأمره، فَإِذَا لَمْ يباشر حقيقته لَمْ يَكُنْ فاعلاً إِلَّا بحكم النسبة إِلَيْهِ بحق السبب مجازاً، فَإِذَا نَوَى حقيقة ما تكلم بِهِ صحت نيته فِي الحكم.

٤٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ وَهِيَ رَاكِبَةٌ: إِنْ رَكِبْتِ فأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ: إِنْ لَبِسْـتِ فأَنْتِ طَالِقٌ، وَهِيَ لَابِسَـةٌ؛ فَإِنْ مَكَثَـتْ كَذَلِكَ طَلُقَـتْ، وَإِنَ أَخَذَتْ فِي النُّزُولِ أَوْ فِي النَّزْعِ لَمْ تَطْلُقْ. وَلَوْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلَتِ فأَنْتِ طَالِقٌ، وَهِيَ دَاخِلَة لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَخْرُجَ فَتَدْخُل.

أَمَّا فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى فلأنَّ الركوب عبارة عن العلو عَلَى الدَّابَّة، وَهُوَ فعل يدوم فيكون[1] الثبات عَلَيْهَا بِمَنْزِلَةِ ابتدائه، إِلَّا أن يعني الابتداء الخالص فيصدّق، وَإِنْ قَالَ: (كلما ركبت فأَنْتِ طَالِقٌ) فإن مكثت ساعة تتسع للنزول طلقت وَاحِدَة، ثُـمَّ إن مكثت أُخْـرَى طلقت أَيْضاً، وَإِنَ أخذت فِي النزول لَـمْ يحنث لِأَنَّ ما لَيْسَ فِي وسع العباد الامتناع عَنْهُ مستثنى عن الأيمان غيرَ مراد بِهَا، وَأَمَّا الدُّخُول فعبارة عـن الانفصال من الخارج إِلَـى الداخل، وَذَلِكَ لَا يحتمل الدوام، فما لَمْ يوجد لَا يحنث، والله أعلم.

---

(١) فِي ب: وَهِيَ موجودة فيكون

٤٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَصُومَ، فَأَصْبَحَ يَنْوِي الصِّيَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ حَنِثَ.

لِأَنَّ الصوم اسم لفعل الإمسـاك عن شهوة البطن والفرج لله تَعَالَى فِي وقته، وَقَـدْ حصل، فَـإِذَا انتقض من بعدُ لَمْ ينتقـض الحنث، قَالَ: وَلَـوْ حلف لَا يُصَلِّي فكبر لِلصَّلَاةِ، فقام وركع وَلَمْ يسجد لَمْ يحنث، وَإِنَ سجد حنث، وَإِنَ قطع بعد ما سـجد حنث، لِأَنَّ شرط حنثه فعل الصَّلَاة، وفعل الصَّلَاة عبارةٌ عن التكبير والقيام والركوع والسـجود، فَإِذَا لَمْ يجتمع ذَلِكَ كلـه لَمْ يَكُنْ فاعلاً فعل الصَّلَاة، فَإِذَا أتم ذَلِكَ حَتَّى حنث لَمْ يبطل بالقطع مِنْ بَعْدِ.

[بَابُ الْيَمِينِ فِي الْكَلَامِ]

٤٧٣- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمَ فُلَاناً شَهْراً، قَالَ: هُوَ مِنْ حِينِ حَلَفَ.

لِأَنَّ إطلاق الْيَمِين يتناول الأبد، فَصَارَ ذكر المدة لإخراج ما وراءها لَا لإثبات المذكور وامتداده، فَإِذَا خرج ما وراء الشهر بقي متصلاً بالإيجاب بحكم أصله، لَا بحكم الاسم، لِأَنَّ اسم الشهر نكرة لَا يتناول عيناً، بخلاف النذر بالصوم والاعتكاف، لِأَنَّ مطلقه لَا يتناول الأبد، وإنما يتناول الأدنى فَصَارَ ذكر الْوَقْت لمده وقيامه بِهِ وَهُوَ نكرة فَلَا يصير القائم بِهِ معرفةً بحال بخلاف الإجارة، لِأَنَّ إطلاقها يقع عَلَى الأبد أَيْضاً، فَصَارَ الْوَقْت لقطع ما وراءه، ولأَنَّ الوصل ثبت تحرياً للصحة، والله أعلم.

٤٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ: امْرَأَتِي طَالِقٌ إِنْ لَمْ آتكَ غَدَاً إِنْ اسْتَطَعْتُ؛ قَالَ: هَذَا عَلَى مَرَضٍ يَمْنَعهُ أَوْ سُلْطَانٍ أَوْ شَبْهِ ذَلِكَ، فَإِنْ نَوَى بِهِ اسْتِطَاعَةَ القَضَاءِ مِنْ السَّمَاءِ دِينَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى.

وزاد فِي بعض النسخ أَنَّهُ لَا يدين أصلاً وَفِي بعض يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ، أَمَّا إِذَا لَمْ ينو شَيْئاً فَإِنَّهُ يقع عَلَى استطاعة الأسباب، لِأَنَّهُ هُوَ الغالب فِي الكلام، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠]، والمطلق يحمل عَلَى

المتعـارف، فَإِذَا نَوَى بِهِ اسـتطاعة القضاء والقدر صُدِّق أَيْضـاً، لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يقع عَلَيْهِ فعل الاسـتطاعة، قَـالَ الله تَعَالَـى: ﴿ وَلَن تَسۡتَطِيعُوٓاْ أَن تَعۡدِلُواْ بَيۡنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النِّسَاء: ١٢٩]، وَقَالَ: ﴿ فَمَا ٱسۡطَٰعُوٓاْ أَن يَظۡهَرُوهُ وَمَا ٱسۡتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقۡبٗا ﴾ [الكهف: ٩٧]، إِلَّا أَنَّـهُ خلاف الظاهر الغالب فَـلَا يصدقه القَاضِي، وَفِي رواية فِي الْقَضَاءِ يصدق، لِأَنَّهُ حقيقة ما تكلم بِهِ، إذ القدرة إِنَّمَا تكون بتلك الاسـتطاعة لَا بأسـبابها وَإِنَ لَمْ ينو شَيْئاً، فإن لَمْ يأت لمرض مانع أَوْ سلطان أَوْ ما أشبه ذَلِكَ لَمْ يحنث، وَإِنَ امتنع مِنْ غَيْرِ عذر حنث، وَإِذا نَوَى ما قلنا لَمْ يحنث بحال، لِأَنَّ استطاعة الفعل الَّتِي هِيَ قدرة لَا تسـبق الفعل، وَإِنَّمَا يعرف وجودها بوجود الفعل، فمتى لَمْ يفعل لَمْ تكن لَهُ استطاعة، وقولَهُ: (من السماء) إِنَّمَا يراد بِهِ علو شأنه لَا الإشارة إِلَى المكان[1].

٤٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: لَعَمرُ الله لَا أَفْعَلُ كَذَا، وَأَيمُ اللهِ[2] لَا أَفْعَلُ كَذَا؛ قَالَ: هُمَا يَمِينَانِ سَوَاءٌ.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَواصِّ، أَمَّا قولَهُ لَعَمرُ الله فيميـن لقولَهُ تَعَالَى: ﴿ لَعَمۡرُكَ إِنَّهُمۡ لَفِي سَكۡرَتِهِمۡ يَعۡمَهُونَ ﴾ [الحجـر: ٧٢]، وَهَـذَا قسـم الله تَعَالَى ببقاء النَّبـي ﷺ، لِأَنَّ معنى (العَمر) البقاء.

العَمر والعُمر لغتان، فيصير معنى لعمر الله قسماً ببقاء الله تَعَالَى ودوامه.

---

(١) لما عرف أنَّ السنة والجماعة يعتقدون أنَّ الله تَعَالَى لَا يحويه مكان وَلَا يجري عَلَيْهِ زمان.

(٢) وأيـم الله: بفتـح الهمزة وكسـرها والميـم مضمومة وَهَـذَا عند الكوفيين ومـن وافقهم، وعند أكثر النحويين همزة وصل، أصله أيمنُ الله، والتقدير أيم الله قسـمي، وَهُوَ اسـم عند الجمهور، وحرف عند الزجاج، والكلام عَنْهَا طويل.

وَقَالَ الشاعر:

وكـلُّ أَخٍ مُفـارقُـهُ أَخُـوهُ ... لَعَمـرُ أبيـكَ إلاَّ الفَرْقَـدانِ[1]

والـلام لام الابتداء، وتحقيقه أَنَّهُ إفصاح بمعنى الْيَمِين، وَأَمَّا (أيم الله) فيمين لمـا روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لمَّا أَمَرَ زيد بن حارثة فِي حرب مؤتة وبلغه الطعن فِيهِ قَالَ: (وأيم الله، وأنَّه لخليق للإمارة)[2] وأيم من صلات القسم، بِمَنْزِلَةِ و أَوْ القسم، وَقَدْ اختلف فِيهِ أَهْل الْبَصْرَة وَأَهْل الْكُوفَة، وَلَيْسَ هَذَا موضع شرحه.

٤٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يَلْبِسُ حُلِيًّاً فَلَبِسَ خَاتـمَ فِضْةٍ لِرَجُلٍ؛ قَالَ: لَيْسَ هَذَا بحلِي، وَلَا يَحْنَثُ. لِأَنَّ الشَّرَعَ أَطْلَقَـهُ لِلرِّجَالِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ الحُلِيِّ يَحرُمُ عَلَيْهِم، وإِنْ كَانَ الخَاتمُ مِمَّا تَلْبَسُـهُ النِّسَـاء يَجِـبُ أَنْ يَحْنَثَ، كَذَلِكَ قَـالَ بَعْضُهُم، وَقِيلَ لَا عِـبْرَةَ لِلعَادَةِ، بَلْ لَا يَحْنَـثُ، قَـالَ: وَإِنَ حَلَفَ لَا يِلْبَـسُ حُلِياً فَلَبِسَ لُؤلُؤاً قَـالَ: لَا يَحْنَثُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُ ذَهَبٌ فَيَحْنَثُ، قَالَ محمَّد ﷺ: وَكَذَلِكَ الْفِضَّة، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ

---

(١) البيت منسـوب لعمرو بن معدي كرب الزبيدي، ومنسـوب لحضرمي بن عامر، وكلاهما صحابي، ذكر البيت ابن هشـام فِي باب إِلَّا الاستثنائية الَّتِي ينصف بِهَا وبتاليها جمع منكر أَوْ شبهه إِذَا تعذر الاستثناء، ونقل عن ابن الحاجب أن الوصف بِهَا بهذا البيت من الشذوذ لأنه يجوز نصب الفرقدين عَلَى الاستثناء.

قَالَ السـيرافي: تقديـره وكل أخ إِلَّا الفرقـدان مفارقه أخوه، وإلا صفة لـكل. وتمامه فِي المغني.

(٢) رواه أبو يعلى برقم/ ٥٥١٨/ ، والبزار فِي مسنده برقم/ ٥٧٥٤/ .

وَمُحَمَّـدٌ ﷺ: اللُّؤلُؤ حُلِي لقـولَهُ تَعَالَى: ﴿ يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا ﴾ [الحج: ٢٣]، **وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾** [النحل: ١٤].

ووجـه قـول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ العـادة لَمْ تجرِ بالتحلـي باللؤلؤ إِلَّا مرصعاً بذهب أَوْ فضة أَوْ مقروناً بِذَلِكَ، فأما وحده فَلَا، وقيل: عَلَى قياس قولَهُ لَا بَأْسَ بأن يلبس الغلمان اللؤلؤ، وَكَذَلِكَ الرِّجَال.

وقـاس أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ اللؤلـؤ بالذهب والفضة أَنَّهُ لَا يَكُـون حلياً إِلَّا بصنعه يصاغ، فَكَذَلِكَ اللؤلؤ إِلَّا بالترصيع.

٤٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ قَالَ: أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْـتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ، فَاشْـتَرَى عَبْدَاً أَنَّهُ يَعْتِق؛ لِأَنَّهُ اسـمٌ لفردٍ سَابِقٍ لَا يُشَارِكُهُ غَيرُهُ فِيهِ، وَقَدْ وُجِدَ فِي الْمُسْـتَقْبَلِ، وَلَوْ اشْـتَرَى عَبْدَينِ فِي هَذِهِ الْمَسْـأَلَةِ لَمْ يَعْتِقْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، لِأَنَّ الْمُشَارَكَةَ بَيْنَهُمَا أَبْطَلَتْ اسمَ الأُولِيَّةِ، وَلَوْ قَالَ: (آخِرُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ) فَاشْتَرَى عَبْدَاً ثُمَّ عَبْدَاً، ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الآخَرَ، لِأَنَّهُ اسمٌ لِفَرْدٍ لَاحِقٍ لَا يُشَارِكُهُ غَيرُهُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ وَقَدْ وُجِدَ.

وَإِنَّمَـا يعتـق يوم اشْـتَرَاهُ عند أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ حَتَّى يُعتبر مـن رأس الْمَال، وعندهما يعتق يوم مَاتَ الْمَوْلَى، لِأَنَّ العتق مضافٌ إِلَى الآخر، وَإِنَّمَا تثبت صفة الآخرية بأن لَا يَشْـتَرِي بعده غيره، فَصَارَ العتق معلقاً بعدم شراء آخر بعده، وَإِنَّمَا ثبـت العدم عند الموت كما إِذَا قَالَ: إن لَمْ أشـترِ عليك عَبْـدَاً فأنت حر، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ العتق مضاف إِلَيْهِ بصفة الآخرية، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ لاحقاً، وَإِنَّمَا ثبت ذَلِكَ لعدم شراء غيره، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ غير مذكور صريحاً، فَلَا يثبت شرطاً.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّجُل إِذَا آلى من امرأته فتمت المدة أربعة أشـهر ثُمَّ قَالَ الزَّوْج كنت فئت إليها، لَمْ يقبل قولَهُ؟

والطلاق معلق بعدم القربان، لَكِنَّهُ لما لَمْ يَكُنْ مصرحاً لَمْ يعتبر شرطاً بخلاف مـا إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إن لَمْ أقربكِ أربعة أشـهر فأَنْـتِ طَالِقٌ بائن، فَلَمَّا مضت أربعة أشـهر قَالَ: كنت قربتها فِي المـدة، أنَّ القول قولَهُ، فَكَذَلِكَ هَـذَا، وعندهما يعتبر العتـق من الثلث، وَكَذَلِكَ هَذَا الاختلاف فِي الطـلاق الثَّلَاث أن يقع عند الموت فِي قولَهُما فيجب الميراث خلافاً لأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

٤٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَـالَ: أَيُّ عَبْدٍ بَـشْرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةٍ فَهُوَ حُـرٌّ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ، فَبَشْرَهُ بِذَلِكَ وَاحِدٌ بَعْدَ وَاحِدٍ عَتَقَ الْأَوَّل، وَإِنَ بَشرُوهُ جَمِيْعَاً مَعَاً عَتَقُوا.

لِأَنَّ البشـارة اسمٌ لإيراد خبر سار لَيْسَ عند المخبر بِهِ خبره، وَإِنَّمَا حصل من الْأَوَّل، أصلـه أَنَّ النَّبِـيَّ ﷺ مر بابن مسـعود رضي الله عنه وَهُوَ يقرأ الْقُـرْآن فَقَالَ ﷺ: (من أحبَّ أَنْ يَقْرَأَ الْقُرْآن غضاً كما أُنزلَ فليقرأه بقراءةِ ابنِ أمِّ عبدٍ)[1]، فابتدر إِلَيْهِ أبو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة، فسبق أبو بكر رضي الله عنه ثُمَّ اتبعه عمر رضي الله عنه، فَكَانَ ابن مسعود رضي الله عنه مَتَى ذكره، قَالَ بشـرني بِهِ أبو بكر رضي الله عنه، وأخبرني بِهِ عمر رضي الله عنه، وَإِنَ بشـروه جَمِيْعَاً عتقوا لأَنَّهم جَمِيْعَاً فعلوه، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨].

---

(١) رواه ابـن ماجـه برقـم/ ١٣٨/ ، والنسـائي برقـم/ ٨٢٥٦/ ، وابـن حبان فِـي صحيحه برقم/ ٧٠٦٧/ ، وغيرهم.

٤٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُـوَ حُرٌّ، وَلَهُ عَبِيدٌ وَمُدَبَّرُونَ وَمُكَاتَبُـونَ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادٍ؛ قَالَ: يَعْتِقُونَ جَمِيْعَاً إِلَّا الْمُكَاتَبِينَ فإنَّهم لَا يَعْتِقُونَ إِلَّا أَنْ يَنْوِيهُم.

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ عبد قَدْ أَعْتَقَ بعضه، لِأَنَّهُ أضاف العتق إِلَى مملوك مطلق، والملك فِي المدبرين وأمهات الأولاد مطلق كامل، وَإِنَّمَا الرق ناقص.

أَلَا تَـرَى أَنَّ ملك الرَّجُل فِي الْمَال التامـة كامل وإِنْ كَانَ الْمَال ناقصاً؟ ورق الْمُكَاتَـب كامـل، ولكن ملك الْمَوْلَـى إِيَّاهُ ناقـص، لِأَنَّهُ ثابت رقبـة لَا يداً، فقيل إنَّ المقيـد لَا يتناوَلـهُ المطلق، كالذي يقـول: (كل امرأة لِي طالق) أَنَّـهُ لَا يتناول المختلعـة، وَكَذَلِكَ معتق البعض مكاتب عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وزفر ﵀ قَدْ سَـوّى بين الْمُكَاتَب والمدبر.

٤٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يُكَلِّمَ عَبْدَ فُلَانٍ إِلَى آخَرَ الفَصْلِ.

وَهَذَا عَلَى وجهين:

إمَّا أَنْ يَكُونَ المسـمى فِي الكلام مضافاً إضافة ملك، أَوْ إضافة نسبة، أَوْ كَانَ مشاراً إِلَيْهِ مع ذَلِكَ.

أَمَّا إِذَا كَانَ مضافاً إضافة ملك بأن حلف وَقَالَ: (والله لَا أكلم عبد فلان) و(لَا ألبـس ثوب فلان) و (لَا أكل طعام فلان) فإنَّما يعتبر الملك يوم الحنث، لِأَنَّهُ عقد

يمينه عَلَى فعل واقع فِي عين مضاف إِلَيْهِ، فَلَا يحنث إِلَّا بِذَلِكَ الوصف، وَهَذَا فِي عامة الأعيان، إِلَّا فِي الدار فإن قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله فِيهَا كَذَلِكَ أَيْضاً، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله يشترط وجودها فِي مِلْكِهِ يوم حلف[1] ودوامها إِلَى وقت الحنث، قَالَ: لِأَنَّهَا لَا تستحدثُ فِي العادات.

والجواب: أَنَّها مختلفة فِي العادة مِنْ غَيْرِ فرقٍ بين الجواري والعبيد.

وَفِي النوادر عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ إِذَا قَالَ: دار فلان فعلى ما قلنا، وَإِنْ قَالَ: دَاراً لِفُلَانٍ فقولَهُ مثل قولَهُما، وَقَدْ روي عكس ذَلِكَ، وَإِنَ أشار فِي هَذَا كله، فَقَالَ: (عبدَ فلان هَذَا) أَوْ (دارَ فلان هَذِهِ) فإنَّ الملك إِذَا زال ثُمَّ فعل لَمْ يحنث عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يحنث، لِأَنَّ الإشارة فَوْق النسبة فِي التعريف فَلَمْ يعتبر مع الإشارة ذكر النسبة، وَلَهُما: أَنَّ المراد بالإشارة التعريف، والمراد بذكر الإضافة هجران صاحبه، وَإِذَا اختلف المراد لَمْ يتعارضا، فوجب اعتبار الأمرين.

وَأَمَّا فِيمَا ينسب مِنْ غَيْرِ الأموال مثل قولَهُ: (والله لَا أكلم زوجة فلان) و (زوج فلانة) و (صديق فلان) فإن أشار مع ذَلِكَ ثُمَّ زالت الزوجية ثُمَّ كلمه أَوْ بطلت الصداقة ثُمَّ تكلم حنث فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً، لِأَنَّ هَذَا مما يراد إيراداً لعينه، فَصَارَ ذكر النسبة للتعريف مثل الإشارة، فصارت الإشارة أولى، فأمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ إشارة، فإن بطلت الزوجية ثُمَّ تكلم أَوْ بطلت الصداقة ثُمَّ تكلم لَمْ يحنث فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وحنث فِي قول محمَّد رحمه الله، ذكر قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله هاهنا، وذكر قول محمَّد رحمه الله فِي الزيادات: أَنَّهُ يحنث.

---

(١) فِي ب: الْيَمِين

ووجه ذَلِكَ: أنَّ النَّسبة لما كَانَتْ للتعريف لَمْ يشترط دوامها، ونزلت منزلة الإشارة عند عدمها.

ووجه ما ذكر هاهنا: أنَّ الإضافة قَدْ تحتمل معنى بالهجران لحق المضاف إِلَيْهِ، فَإِذَا احتمل ذَلِكَ لَمْ يحنث بالشك وَهُوَ الظاهر فِيمَا لَا يعنيه الحالف، فَصَارَ عدم التعيين دلالة عَلَى اعتبار هَذَا المعنى، فإن لَمْ يَكُنْ لَهُ امرأة وَلَا صديق ثُمَّ استحدث فكلمه يحتمل أن يحنث عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ عَلَى هَذَا الأصل، فأمَّا محمَّد ﵀ فَقَدْ قَالَ فِي الزيادات: لَا يحنث، ويحتمل أَنْ يَكُونَ قول أَبِي يُوسُفَ ﵀ مثل قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

٤٨١- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمَ صَاحِبَ هَذَا الطيلسان فَكَلَّمَهُ بَعْدَ مَا بَاعَهُ أَنَّهُ يَحْنَثُ.

لِأَنَّ هَذِهِ الإضافة للتعريف المحض لَا يتعلق بِهِ حكمٌ آخر.

٤٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَباً أَوْ لَا يَأْكُلُ بُسْراً، فَأَكَلَ بُسْرًا مُذَنَّباً؛ قَالَ: حَنِثَ فِي الأَمرَينِ جَمِيعاً.

أَمَّا إِذَا حلف لَا يأكل رطباً فأكل رطباً مُذَنباً[1] حنث، وَإِنَ أكل بُسراً مُذَنباً حنث أَيْضاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: لَا يحنث.

أَمَّا فِي الْأَوَّل إِنَّمَا حنث، لِأَنَّ ذَلِكَ يسمى رطباً.

وَفِي الثَّانِي لَا يحنث عند أَبِي يُوسُفَ ﵀ لِأَنَّ البسر المذنب لَا يسمى رطباً.

(١) الرطب المذنب: هُوَ الَّذِي أكثره رطب، وشيء قليل مِنْهُ بسر، والبسر المذنب عكسه.

وجه قولَهُما: أنَّ الجزء الَّذِي أرطب مِنْهُ رطب فِي الحقيقة لو أكل ذَلِكَ القدر من جملة الرطب حنث، فَكَذَلِكَ هاهنا، وَلَوْ حلف لَا يأكل بُسـراً فأكل بُسراً مُذنباً حنث بِالْإِجْمَاع، لما قلنا إنَّ ذَلِكَ يسـمى بُسـراً، فأمَّا إِذَا أكل رطباً مُذنباً فَإِنَّهُ عَلَى الاختلاف، وَإِنَّمَا تُتصور هَذِهِ الفصول فِي بلادنا فِي العنب التمري.

٤٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: يَوْمَ أُكَلِّمُكَ فَامْـرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثاً؛ قَالَ: هَذَا عَلَى النَّهَارِ وَاللَّيلِ إِلَّا أَنْ يَعْنِي النَّهَارَ، فَأُدِينُهُ فِي الْقَضَاءِ، وَلَوْ قَالَ: لَيْلَةَ أُكَلمكِ فَامْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثاً، فإنَّ هَذَا عَلَى اللَّيْلِ خَاصَّةً.

وأصله أنَّ الْيَوْم يذكر ويراد بِهِ بياض النَّهَار، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ [الْجُمُعَـة: ٩]، ويذكر ويراد بِهِ الْوَقْت، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ ﴾ [الأنفـال: ١٦]، أي حينئـذ، وموضعه فِي اللغة لَا يختص ببياض النَّهَار لكن الأغلب فِي الاسـتعمال أَنَّهُ يـراد بِهِ النَّهَار، فإن اسـتعمل فِيمَا يمتد حمل عَلَى بياض النَّهَار لِأَنَّهُ أشبه بِمَا يمتد ليُجعل معياراً، وَإِذا دَخلَ عَلَى مَا لَا يمتد حُمل عَلَى الْوَقْت لِأَنَّهُ أشـبهه بِهِ فِي الاسـتعمال، وموضوع اللغة لسـواد اللَّيْل خاصة والنهار مخصوص أَيْضاً للبياض.

٤٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَـنْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمَ، فَقَرَأَ الْقُرْآن فِي الصَّلَاةِ لَا يَحْنَثُ، وَإِنْ قَرَأَ فِي غَيْرِ الصَّلَاة حَنِثَ.

أَمَّا فِي غَيْرِ الصَّلَاة فلأنَّه متكلم بكلام الله تَعَالَى، وَكَذَلِكَ الَّذِي يسبح أَوْ يهلل.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لَيْسَ بسـاكت فَصَارَ متكلمـاً كالذي يقرأ كلام غيـره؟ وَأَمَّا فِي الصَّـلَاةِ فَلَا يحنث، لِأَنَّهُ خرج عن حيز الكلام شـرعاً وعـادة، قَالَ النَّبي ﷺ: (إِنَّ صَلَاتَنَـا هَذِهِ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَـيْءٌ مِـنْ كَلَامِ النَّاسِ)(١)، والقـرآن كلام الله تَعَالَى، قَـالَ الله تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبـة: ٦]، فالمتكلم بِهِ لَهُ حكم التكلم إِلَّا فِي الصَّلَاةِ استحساناً، وَكَذَلِكَ التسبيح والتهليل كلام أَيْضَاً، قَالَ النَّبي ﷺ (إِنَّ الله تَعَالَى اختارَ منَ الكلامِ أَرْبَعَاً هنّ منَ الْقُرْآن، وليسَ بقرآن سُبْحَانَ اللهِ، وَالْحَمْدُ للهِ، وَلا إِلَهَ إِلا اللهُ، وَاللهُ أَكْبَرُ)(٢)، وَقَالَ: (مَنْ تَكَلَّمَ فَلَا يَتَكَلَّمْ إِلَّا بِخَيْرٍ) إِلَّا فِي الصَّلَاةِ استحساناً أَيْضَاً.

٤٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إِنْ أَكَلتُ أَوْ شَرِبْتُ أَوْ لَبِسْـتُ فَعَبْدِي حُرٌّ؛ وَقَالَ: نَويتُ طَعَامَـاً دُونَ طَعَامٍ أَوْ شَرَابَاً دُونَ شَرَابٍ، أَوْ ثَوْبَـاً دُونَ ثَـوْبٍ، أَنَّهُ لَا يَدِينُ فِي الْقَضَـاءِ، وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَـالَى. وَلَوْ قَالَ طَعَامَـاً أَوْ شَرَابَاً أَوْ ثَوْبَـاً، ثُمَّ نَوَى الخُصُوصَ دِيـنَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا يَدِينُ فِي الْقَضَاءِ.

والفرق أَنَّ المسـمى فِي الفصل الْأَوّل لَمْ يثبت ذكراً، وَإِنَّمَا ثبت مقتضىً وَلَا عموم للمقتضى عندنا، فَلَمْ يحتمل الخصوص أصلاً.

---

(١) رواه النسـائي برقـم/ ٥٥٦/، وابـن حبـان فِي صحيحه برقـم/ ٢٢٤٨/، وابـن خزيمة برقم/ ٨٥٩/، والبيهقي فِي السـنن الكبرى برقـم/ ٩٢٥/، والطبراني فِي الكبير/ ٩٤٥/، وكلهم بزيادة (إنّما هوَ التّسبيحُ والتّكبيرُ وتلاوةُ الْقُرْآن).

(٢) رواه أحمد فِي مسنده برقم/ ٢٠١٣٨/.

وَفِي المسألة الثانية صَارَ مذكوراً صريحاً فَصَارَ عاماً، فصح الخصوص فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، وَلَمْ يصح فِي الْقَضَاءِ.

٤٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إن لَمْ أهبْ[١] لك هَذَا العَبْد فَامْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثاً، فيَهبُه وَلَا يقبله أَنَّهُ قَدْ برّ فِي يَمِينِهِ.

وَهَذَا عندنا وَهُوَ استحسان، والقياس أن يحنث، وَهُوَ قول زفر ﵀ قَالَ: لِأَنَّهُ عقد تمليك، فَلَا يتم إِلَّا بالقبول كالبيع، ولأصحابنا: أَنَّهُ عقد يمينه عَلَى مباشرة السبب، وَقَدْ فعل لِأَنَّ الهبة والتمليك تبرع بالشرع، [والتمليك بالتبرع إِنَّمَا يكون من جانب المتبرع][٢]، فأمَّا القبول فشرط، والبر متعلق بمباشرة السبب لَا غير.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ غرضه إظهار الجود، وَقَدْ فعل؟ وَأَمَّا البيع فَإِنَّهُ عقد معاوضة لَا يتم إِلَّا بإيجاب العوضين، فَلَمْ يوجد[٣] السبب إِلَّا بإيجاب وقبول.

٤٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ ألف دِرْهَم فَيَقُولُ عَبْدِي حرٌ إن لَمْ أقضك الْيَوْم، فقضاه زيوفاً؛ قَالَ: قَدْ برّ.

وَإِنَ قضاه ستوقة لَمْ يبر، لِأَنَّ الزيوف دَرَاهِمَ فإن يجوزْها[٤] فَقَدْ اقتضى، وَإِنَ

(١) فِي ب: إن وهبت

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: يتم

(٤) يعني إن قبل بِهَا

ردها فَقَدْ انتقض بعد صحته فَلَا يبطل البرّ، وَأَمَّا الستوقة فليست بِدَرَاهِمَ فَلَمْ يصح اقتضاؤها فوجب الحنث.

٤٨٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: عَبْدِي حرٌ إن لَمْ أَحُجَّ العَامَ؛ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَّى العَامَ بِالْكُوفَةِ، وَهُوَ يَقُولُ: حَجَجْتُ، قَالَ: لَا يَعْتِقُ العَبْدَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يعتق.

وجه قول محمَّد ﷺ: أنَّهم أثبتوا عتقه بشهادتهم، فوجب القضاء بِهِ، إِنَّمَا قلنا ذَلِكَ، لأَنَّهم شهدوا بإثبات أمرٍ معلومٍ، ومن ضرورته أن لَا حج، وأنَّ العَبْد حرٌ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ: أنَّ هَذِهِ الشهادة قامت عَلَى النفي فبطلت، كما إِذَا شهدوا أَنَّهُ لَمْ يحج، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الشهادة بالتضحية باطلة بحقيقته، لِأَنَّهُ لَا طالب لَهَا، وَلَا يدخل تحت الحكم، فبقي النفي مقصوداً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: الشهادة بالنفي إِنَّمَا لَا يقبل لوقوعها مِنْ غَيْرِ علم، فَإِذَا وقع العلم بِذَلِكَ وجب القبول.

وهاهنــا بذكر التضحية بِالْكُوفَةِ وقع العلم بالنفي، فَصَارَ ذكر التضحية لدلالة العلــم بالنفي فوجب القبول لمعناه لَا لعينه بخلاف شــهادتهم أَنَّهُ لَمْ يحج، لأَنَّا لَا ندري هل شهدوا عَلَى علم أَوْ بنوا عَلَى ظاهر العدم، فَلِذَلِكَ لَمْ يقبل.

ونظيره ما ذكر فِي الســير الكبير: شاهدان شهدا عَلَى رجل أَنَّا سمعناه يقول: (المســيح ابن الله) وَلَمْ يقلْ: قولُ النصارى، فبانت مِنْهُ امرأته، والرجل يقول: إِنَّمَا وصلت بِهِ (قولُ النصارى) أنَّ الشــهادة مقبولة عَلَى النفي، لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يحتاط بِهِ العلم.

والجواب: أنَّ الأصل أنَّ الحجج إِنَّمَا شرعت للإثبات لَا للنفي، فقيل: لَا تقبل الحجة عَلَى النفي لما قَالَ محمَّد ﵀: لَا يحب الْيَمِين بين نفي ونفي تيسيراً ودفعاً للحرج.

فأمَّا مسألة السير فإنَّ ذَلِكَ عبارةٌ عن السكوت، وَهُوَ أمرٌ ثابتٌ معاينٌ، وَقَالَ فِيمَنْ حلف لَا يأكل لحماً فأكل لحم إنسان أَوْ خنزير قَالَ: يحنث، لِأَنَّ معنى اللحم وصورته موجود، وحرمته لَا تبطل عَنْهُ حقيقته، وَإِنَّمَا دعاه إِلَى الْيَمِين حرمته، ومن الناس من يخاف عَلَى نفسه أن يُبتلى بِهِ بخلاف لحم السمك لِأَنَّهُ ناقص المعنى.

[بابُ اليَمِينِ فِي الحَجِّ]

٤٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ وَهُوَ فِي الكَعْبَة: عليَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللهِ أَوْ إِلَى الكَعْبَةِ؛ قَالَ: يَلْزَمُهُ إِمَّا الحَجُّ أَوْ العُمْرَةُ.

لِأَنَّ هَذَا الكلام صَارَ فِي مجاز اللغة عبارة عن التزام الْإِحْرَام إمضاءً للمشي، فَصَارَ كونه فِي الكعبة وَفِي بقعة أُخْرَى عَلَى السواء، لِأَنَّ المحرم لَا ينفك عن مشي أينما كَانَ، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٤٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: عَبْدِي هَذَا حرٌّ إِنْ بِعْتهُ فَبَاعَهُ عَلَى أَنَّ البَائِع بِالخِيَارِ، قَالَ: يعتقُ. وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي لو قَالَ عَبْدِي هَذَا حُرٌّ إِنْ اشْتَرِيتَهُ فَاشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ؛ قَالَ: يَعْتِقُ.

لِأَنَّ شرط الحنث فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وجد والعبد فِي مِلْكِهِ.

وَفِي المسألة الثانية وُجد شرط الحنث فنزل الإيجاب فَصَارَ كالمستأنف، فَصَارَ موجباً تقديم الملك، كما إِذَا أعتقه بعد الشراء صريحاً.

وَهَذَا الفصل من الخواص بخلاف قولَهُ: (إِنْ ملكْتك فأنت حر) فَاشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ أَنَّهُ لَا يعتق، لِأَنَّ الشرط لَمْ يوجد فَلَمْ يصر موجباً للجزاء، وههنا قَدْ وجد الشرط.

٤٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهُ فَهُوَ حُرٌّ، فاشْتَرَى عَبْدَينِ مَعَاً، ثُمَّ اشْتَرَى عَبْدَاً قَالَ: لَا يَعْتِقُ. وَلَوْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ اشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدَينِ مَعَاً، ثُمَّ اشْتَرَى عَبْدَاً عَتَقَ.

وهـذه فِي الجامع، لِأَنَّ العتق فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أضيف إِلَى عبد موصوف بالأولية فِي الشراء، وَلَمْ يوجد لما سبق.

وَفِي المسألة الثانية إِنَّمَا شرط الأولية فِي حالة الملك والشراء، لِأَنَّ (وحده) حالٌ فِي لغة العرب.

والثالث باعتبار حاله أولٌ، لِأَنَّهُ فرد لَا يشاركه غيره، وَعَلَى الإطلاق لَيْسَ بأول فلهذا افترقا.

٤٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ مِنْ الْمَسْجِد، فَأَمَرَ إِنْسَانَاً فَحَمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ مِنْ الْمَسْجِدِ؛ قَالَ: يَحْنَثُ، وَإِنْ خَرَجَ مُجْبَرَاً مُكْرَهَاً لَمْ يَحْنَثْ.

لِأَنَّ الَّذِي أخرجه بأمره صَارَ فعله مضافاً إِلَيْهِ، فَصَارَ كدابة يركبها فيخرج عَلَيْهَا، وَإِذا أخرج مكرهاً لَمْ يَكُنْ مضافاً إِلَيْهِ، وَلَمْ يوجد مِنْهُ فعل فَلَا يحنث، إِلَّا أَنْ يَكُونَ خرج بقدميه مكرهاً فيحنث، وَإِنَ حمل فرضي بِهِ بقلبه وَلَمْ يأمره بِهِ فَقَدْ أشار فِي الأصل إِلَى أَنَّهُ لَا يحنث حَتَّى يأمر بِهِ، لِأَنَّ حاجتَنا إِلَى إثبات الفعل، وبالرضا لَا يثبت الفعل، وَإِنَّمَا ينتقل إِلَيْهِ بالأمر.

٤٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ، فَيشدُ شَعْرَهَا أَوْ يعضُهَا أَوْ يَخْنِقُهَا؛ قَالَ: قَدْ ضَرَبَهَا.

لِأَنَّ الضرب اسمٌ لفعل يتصل أثره بالمضروب فيؤلم قلبه، وَقَدْ وجد بصورته ومعناه، وَقَدْ قَالَ بعض مشايخنا: يجب أن لَا يحنث، لِأَنَّهُ لَا يتعارف ضرباً، والجواب: أنَّ هَذَا ضرب فِي الحقيقة، وَقَدْ يتعارف ضرباً، وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي الغضب، فأمَّا إِذَا كَانَ يلاعبها فضربها برأسها خطأ مِنْهُ فأصاب أنفها فأدماها أَوْ آلمها لَمْ يحنث، لِأَنَّ هَذَا لَا يتعارف ضرباً.

٤٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إن لَمْ أبع هَذَا العَبْد فامرأته طَالِقٌ ثَلَاثاً فَأَعْتَقَهُ أَوْ دَبَّرَهُ؛ قَالَ: امْرَأَتُهُ طَالِقٌ ثَلَاثاً.

لِأَنَّ الطلاق معلقٌ بترك البيع، وَقَدْ ثبت ترك البيع بالإعتاق والتدبير، لِأَنَّهُ لَا يحتمل البيع بعده فَصَارَ كأنَّ الحالف مَاتَ، أَوْ العبدَ مَاتَ قبل البيع، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَكَذَلِكَ فِي الْجَارِيَة يعتقها أَوْ يدبرها، والمسألة بحالها لِأَنَّهُ إِنَّمَا انعقدت يمينه عَلَى البيع الواقع باعتبار هَذَا الملك، وَقَدْ امتنع ذَلِكَ بالإعتاق والتدبير، وإِنْ كَانَ يحتمل أن ترتد وتسبى بحال.

٤٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَلَفَ لَا يَشمُّ الرَيْحَانَ، فَشمَّ الوَرْدَ أَوْ اليَاسَمِينَ؛ قَالَ: لَا يَحْنَثُ.

لِأَنَّ الريحان اسمٌ لما لَا يقوم عَلَى ساق من البقول مِمَّا لَهُ رائحة طيبة، وَهُوَ موضوعٌ لذلك لغة.

٤٩٦- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بَنَفْسَجاً، قَالَ: هَذَا عَلَى دُهْنِ البَنَفْسَجِ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي وَرْدَاً فَهُوَ عَلَى وَرَقِ الوَرْدِ.

والقياس مِنْهُمَا واحد، لِأَنَّ ذَلِكَ اسم للورق إِلَّا أَنَّ الناس يسمون دهن البنفسج بنفسجاً فصرف إِلَيْهِ استحساناً، وَلَا يسمون دهن الورد ورداً لصلاح الورد أن يُستعمل مقصوداً لغير الدهن.

٤٩٧- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فَاكِهَةً، فَأَكَلَ عِنَباً أَوْ رُطَباً أَوْ رُمَاناً أَوْ قِثَّاءً أَوْ خِياراً لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنَ أَكَلَ تُفَّاحاً أَوْ بَطْيخاً أَوْ مِشمِشاً حَنَثَ.

[مطلب: فيمن حلف لا يأكل فاكهة]

لِأَنَّ الفَاكِهَةَ اسمٌ لِمَا يَتفكَّهُ بِهِ، أَي يُتَنعَمُ بِهِ عَقِيبَ الطَّعَامِ وَقَبْلَهُ، وَهُوَ مِثْلُ البَطِّيخِ وَالمشمشِ وَالخَوخِ وَالتِّينِ وَالإِجَاصِ وَالتُّفاحِ وَأَشْبَاهِهِمَا، فأَمَّا القثاء والقثد[1] والخيار فمن البقول، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يباع، ويؤدم مَعَهَا؟

وَأَمَّا الجوز واللوز والفستق فمن الفاكهة، وكذا اليابس من هَذِهِ الْأَشْيَاء فاكهةٌ فِيمَا يعتاد مِنْهَا غير البطيخ، فَإِنَّهُ لَا يعتاد فاكهةً يابسةً فِي عامة البلاد، وَأَمَّا الرمان والرطب والعنب فعلى الاختلاف عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لَيْسَ بفاكهةٍ وعندهما فاكهةٌ.

وجه قولَهُما: أَنها تُتعارف فاكهة، وتُستعمل فاكهةً أَيْضاً، وَهِيَ أعزها

(١) نبت يشبه القثاء أَوْ ضرب مِنْهُ أَوْ من الخيار واحده قثدة.

وأكملهــا، وَلِذَلِكَ أُفردت بالذكر فِي كِتَاب الله تَعَالَى، كما عطف جبريل وميكائيل عَلَى الملائكة عليهم السلام تخصيصاً وتعظيماً لَهَا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أنَّ الكلام المطلق لَا يتناول المقيد بِالْإِجْمَاعِ.

والتقييد نوعان:

نوعٌ مِنْهُ ما يتقيد لقصور معناه عن أمثاله كالسمك.

ونوعٌ مِنْهُ لكمال معناه عَلَى أمثاله كالأب فِي الأقارب.

والرمَّــان والعنب والرطب فاكهةٌ مقيدةٌ لكمال معناها، أَمَّا الرطب فَقَدْ صلح غـذاء، ويسـتعمل لذلك، وَكَذَلِكَ العنــب والرمَّان يصلح دواء، ولمــا كَانَ كَذَلِكَ خرج عن إطلاق الاســم لمــا قلنا من التقييــد، وَهَذَا معنى العطــف فِي كِتَاب الله تَعَالَــى، قَالَ الله تَعَالَــى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨]، وَقَــالَ الله تَعَالَى: ﴿وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ﴿٢٩﴾ وَحَدَآئِقَ غُلْبًا ﴿٣٠﴾ وَفَٰكِهَةً وَأَبًّا﴾ [عبـس: ٢٩-٣١]، فعطــف الفاكهــة عَلَيْهَا مرة، وعطفها عَلَى الفاكهة أُخْرَى لما قلنا.

٤٩٨- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَاً فَأَكلَ سَمَكَاً، قَالَ: لَا يَحْنَثُ.

والقياس: أنْ يحنث لِأَنَّهُ لحم فِي كِتَاب الله تَعَالَى، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر: ١٢].

ووجه الاستحســان: أَنَّهُ مقيد فَلَا يدخل فِي المطلق كالمختلعة لَا تدخل فِي قــول الرَّجُل: (كل امرأة لِي طالق) وَهَذَا لِأَنَّــهُ لحم بصورته دون معناه، لِأَنَّ معنى اللحم القوة فِي اللغة وضعاً، وقوته بأَنْ يَكُونَ دموياً، وَلَا دم للسمك وَلَهُذا حل مِنْ

غَيْرِ ذكاة، فَلَمَّا قصر معناه لَمْ يتناوَلَهُ الإطلاق كالمكاتب لَمْ يتناول اسم المملوك، والنباش لَمْ يتناوَلَهُ اسم السَّارِق.

٤٩٩- وَقَالَ: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷬ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَشْـتَرِي شَـحْمَاً، فَأَيَّ شَحْمٍ اشْتَرَى لَمْ يَحْنَثْ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِي شَحْمَ البَطْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ شَحمَاً، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: إِذَا أَكَلَ شَحْمَ الظَّهْرِ يَحْنَثُ أَيْضَاً.

واحتجا بأَنَّ الشـحم يتناول ذَلِكَ كله عادة وحقيقة، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعـام: ١٤٦]، فـدل الاسـتثناء عَلَـى أَنَّ الكل شـحم، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷬: أَنَّ الَّذِي يجاور اللحم لَا يسـمى شـحماً، وَلَا يستعمل شحماً أَيْضَاً، بَلْ يطبخ مع اللحم ويؤكل مَعَهُ، وَلَهُ قوة اللحم أَيْضَاً.

أَلَا تَرَى أَنَّ اللحم إنما يتقوى بأثر الدم، وأثر الدسومة؟

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لو حلف لَا يـأكل لحماً فأكل الَّذِي عَلَـى الظُّهْر حنث؟ وكيف يكون شحماً مع كونه لحماً؟

وَأَمَّـا قولَـهُ تَعَالَـى: ﴿إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦]، فَإِنَّهُ اسـتثناء منقطع كقولَهُ ﴿إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا﴾ [الواقعة: ٢٦]، وقالا: هُوَ شـحمٌ حقيقة - يقال: فلان كثير الشحم- ولحمٌ بالمجاورة.

وقيل لَهُمَا: لو كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يتناوَلَهُ اسم اللحم مجازاً مع وقوعه حقيقة.

٥٠٠- وَقَالَ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رَأْسَاً: أَنَّهُ يَقَعُ عَلَى رَأْسِ البَقَرِ وَالغَنَمِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: عَلَى رَأْسِ الغَنَمِ خَاصَّةً، وَالقِيَاسُ أَنْ يَقَعَ عَلَى كُلِّ رَأْسٍ حَتَّى رَأْسَ السَّمَكِ لِعُمومِهِ.

وَفِي الاستحسان يقع عَلَى المتعارف، وَقَدْ كَانَ المتعارف فِي زمان أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ من البقر والغنم، وَفِي زمانهما من الغنم خاصة، وَقَدْ يتعارف فِي بعض بلادنا الكل مع رؤوس الإبل أَيْضاً، فيقع عَلَى الكل.

٥٠١- وَقَالَ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَاً: فَأَكَلَ كَبِدَاً أَوْ كِرْشَاً، قَالَ: يَحْنَثُ.

لِأَنَّهُ لحمٌ حقيقة بصورته ومعناه، ويباع مع اللحم مقطعاً فِي بلادهم، ويؤكل أكل اللحوم أَيْضاً.

٥٠٢- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رطْبَاً فاشْتَرَى كِبَاسَةَ[١] بُسِرٍ فِيهَا رُطَبٌ، قَالَ: لَا يَحْنُث.

لِأَنَّهُ تابعٌ فِي حكم الشراء، وغر[٢] من المشترى لغلبة غيره عَلَيْهِ، وَهَذَا كمن حلف لَا يَشْتَرِي شعيراً فاشْتَرَى حنطةً فِيهَا حبات شعيرٍ لَمْ يحنث لما قلنا، بخلاف الْيَمِين عَلَى الأكل، لِأَنَّ ذَلِكَ مقصودٌ فِي حكم الأكل، وَفِي الشعير كَذَلِكَ إن أكل حبة حبة.

٥٠٣- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي شَحْمَاً أَوْ لَحْمَاً، فَاشْتَرَى إِليةً قَالَ: لَا يَحْنَثُ فِي اليَمِينَيْنِ جَمِيْعَاً.

لِأَنَّ الإلية نوعٌ من الشحم، وغير اللحم اسماً ومعنىً وعادةً.

٥٠٤- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ أَنْ لَا يَأْكُلَ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَهُ خُبْزَاً قَالَ: يَحْنَثُ.

---

(١) عنقود النحل أي عذقه. فتح باب العناية

(٢) أشبه ما يكون بالأصل وَلَمْ تتوضح

لِأَنَّ هَـذَا[1] عيْن غير مأكولٍ فوقعت الْيَمِين عَلَى ما يتخذ مِنْهَا مجازاً، كالذي حلف لَا يأكل من هَذِهِ الشجرة، أَوْ من هَذِهِ القدر.

٥٠٥- وَقَالَ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذِهِ الحِنْطَةَ فَأَكلهَا خُبْزاً أَوْ دَقِيقاً، قَالَ: لَا يَحْنَثُ، وَإِنَ قَضَمَهَا حَنِثَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَحْنَثُ إِذَا أَكَلَهَا خُبْزاً.

واحتجا: بأَنَّ أكل الحنطة فِي العادة اسمٌ لأكل باطن الحنطة، وَذَلِكَ عامٌ يتناول غير الحنطة وَمَا يتخذ مِنْهَا، فوجب العمل بعموم المجار، كرجلٍ حلفَ لَا يضع قدمه فِي دارِ فلانٍ أَنَّهُ يحنث كيف دخلها.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ هَذَا كلامٌ لَهُ حقيقةٌ مستعملةٌ ومجازٌ متعارفٌ، فصارت حقيقته أولى، وَذَلِكَ أَنَّ الحنطة عينها تؤكل قضماً، وصار ذَلِكَ كمن حلف لَا ينكح فلانةَ وَهِيَ امرأته وأمته أَنَّهُ يقع عَلَى الوطء دونَ العقد لما قلنا.

٥٠٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَتَأَدَّمَ بِإِدَامٍ؛ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ اصْطَبَغَ بِهِ فَهُوَ إِدَامٌ، وَالمِلْحُ إِدَامٌ، وَالشِّوَاءُ لَيْس بِإِدَامٍ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: هُوَ إِدامٌ، [وكل شيءٍ الغالب عَلَيْهِ أَنَّهُ يؤكل بالخبز فَهُوَ إدامٌ][2].

وَأَمَّا الَّذِي يُصَطَبَغُ بِهِ فمثل الخلِ والزيتِ، والذي انفرد بِهِ محمَّد رحمه الله مثل اللحم والبيض والجبن، وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله روايتان:

---

(١) يعني الدقيق.

(٢) فِي ب

أحدهمـا مثل قول أَبِـي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، والأُخْرَى مثل قـول محمَّد رَحِمَهُ اللهُ، وَاحْتَجَّ محمَّد رَحِمَهُ اللهُ بقول النَّبي ﷺ (سَيِّدُ إِدَامِ أَهْلِ الْجَنَّة اللَّحْمُ)[1]، ولأنَّ معنى حقيقة هَذَا الاسم المؤادمة وَهِيَ الموافقة، فوجب العمل بعموم هَذَا المعنى فِي المسميات.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أنَّ الكلامَ إِذَا ثبتت حقيقته بطل مجازه، وحقيقة هَذَا الاسم الموافقة، وحقيقة الموافقة أن يصيرا شَـيْئاً واحداً، ومجـازه المجاورة، وَقَدْ ثبتت الحقيقـة فبطل المجاز، كالنـكاح للجمع فِي اللغة وحقيقته فِـي الوطء، والنكاح مجازٌ لِأَنَّهُ سبب، فصارت الحقيقة أولى وَلَمْ يجامَعَهَا المجاز، فَكَذَلِكَ هَذَا.

❁ ❁ ❁

(١) رواه أبو نعيم فِي معرفة الصحابة برقم/ ٢٤٢٣/ ، بلفظ (اللحم سيد إدام الدنيا والآخرة).

[بَابُ اليَمِينِ عَلَى الحِينِ وَالزَّمَانِ]

٥٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ حَلَفَ لَيَصُومَنَّ حِيناً أَوْ زَمَاناً؛ فَهُوَ عَلَى ما نَوَى، فإن لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيةٌ، فَالحِينُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، وَالزَّمَانُ سَتَّةَ أَشْهُرٍ، وَالدَّهْرَ لا أَدْرِي مَا هُوَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُهُ دَهْراً فَهُوَ مِثْلُ الزَّمَانِ.

أَمَّا (الحين) فَقَدْ استعمل للوقت، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ فَسُبْحَـٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ ﴾ [الروم: ١٧] الآية، أَمَّا (الحين) [فِي اللغة اسم](١) فَقَدْ استعمل للوقت(٢)، واستعمل للمديد، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَـٰنِ﴾ [الإنسان: ١] الآية، أي أربعون سنة، واستعمل وسطاً بينهما، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ﴾ [إبراهيم: ٢٥]، أي ستة أشهر، فوجب صرفه إِلَى الوسط عند الإطلاق، لكونه أوسط الجملة، وَلِأَنَّهُ استعمل لذلك مطلقاً، وَإِذا نَوَى شَيْئاً صحَّ، لِأَنَّهُ اسمٌ للوقت، وَكَذَلِكَ الزمانُ يُستعمل فِي اللغة استعمالَ الحين، يقال لَمْ أر فُلَانَاً منذ زمان ومنذ حين.

[مطلب: في لفظ الدهر]

وَأَمَّا (الدهر) بلام التعريف فإنَّما يراد بِهِ الأبد، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَـٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ [الإنسان: ١] أي الأبد، ولأنَّ لام العهد تدل عَلَى أنَّ المراد بِهِ

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: لمطلق الْوَقْت

العمر الَّذِي هُوَ معهودُ البشر، وَأَمَّا (دهراً) مِنْ غَيْرِ لام التعريف، فَإِنَّهُ يقع عَلَى مثل ما يقع عَلَيْهِ الحين والزمان عندهما، لِأَنَّهُ قَدْ يستعمل استعمالها، يقال: لَمْ أر فُلَانَاً منذ حينٍ ومنذ دهرٍ عَلَى السواء، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: الدهرُ لَا أدري ما هُوَ[1]،

(١) قَالَ العلامة المحقق والعمدة المدقق ابن عابدين الشامي: مطلب: المسائل الَّتِي توقف فِيهَا الإمام.

قولَهُ: (توقف الامام فِي أربع عشرة مسألة):

- مِنْهَا لفظ دهر.
- ومنها الدَّابَّة الَّتِي لَا تأكل إِلَّا الجلة، وقيل الَّتِي أكثر غذائها مَتَى يطيب لحمها؟ فروي تحبس ثَلَاثَة أيام وقيل سبعة.
- ومنها الكلب مَتَى يصير معلما ففوضه للمبتلى، وعنه هُوَ قولَهُما بترك الأكل ثَلَاثَاً.
- ومنها: وقت الختان روي عشر سنين أَوْ سبع، وعَلَيْهِ مشى المصنف آخر المتن، وقيل: أقصاه اثنا عشر.
- ومنها: الخنثى المشكل إِذَا بال من فرجيه. وقالا: يعتبر الأكثر.
- ومنها: سؤر الحمار والتوقف فِي طهوريته لَا فِي طهارته.
- ومنها: هل الملائكة أفضل من الأنبياء؟ ومر فِي الصَّلَاةِ أن خواص البشر أفضل.
- ومنها: أطفال المشركين. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يعذب الله أحدا بلا ذنب، ومر فِي الجنائز.
- ومنها نقش جدار الْمَسْجِد مِنْ مَالِهِ، ومر أنه يجوز لو خيف عَلَيْهِ من ظالم أَوْ كَانَ منقوشاً زمن الواقف أَوْ لإصلاح الجدار.

وَفِي الشرنبلالية أنه نظمها شيخ الْإِسْلَام ابن أبي شريف بقولَهُ:

حمل الامام أَبَا حَنِيفَةَ دينه ... إذ قَالَ لَا أدري لتسعة أسئلهْ
أطفال أَهْل الشرك أين محلهم ... وهل الملائكة الكرام مفضّله؟
أم أنبياءُ الله؟ ثم اللحمُ من ... جلّالةٍ أنى يطيبُ الأكل لهْ
والدهر مع وقت الختان وكلبهم ... وصفُ المعلّم أيُّ وقت حصّلهْ
والحكم فِي الخنثى إِذَا ما بال من ... فرجيه مع سؤر الحمار استشكلهْ
وأجاز نقش الجدار لمسجد ... من وقفهِ أم لَمْ يجز أن يفعله؟ =

أي كيف هُوَ فِي حكم التقدير، لِأَنَّ درك اللغات لَيْسَ من باب القياس فِي شَيْءٍ.

وَقَدْ وجدنا الدهر مفارقاً للحين بلام التعريف بِالْإِجْمَاعِ، فَلَمْ يصح إلحاقه بِهِ بالقيـاس، والتوقف فِيمَا لَا يُدرك بالقياس عند عدم دليل التوقيف ضربٌ من الفقه وأصلٌ كبيرٌ، وكان هَذَا من أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ نهايةٌ فِي المعرفة لَا جهلاً لَهُ.

٥٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: عليّ الْمَشيُ إِلَى بَيْـتِ اللهِ؛ قَالَ: يمشي ويُهل بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ، وَإِنْ شَـاءَ رَكِبَ وَاهرَاقَ الدَّمَ لِلمَـشْيِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَـالَ: إِلَى مَكَّةَ، وَلَـوْ قَالَ: عَلَيَّ الذَّهَـابُ إِلَى بَيْتِ اللهِ، أَوْ الخُرُوجُ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ.

والقيـاس فيهمـا واحد، لِأَنَّـهُ التزم ما لَيْـسَ بقربةٍ واجبـةٍ، وَلَا مقصودة فِي الأصل، فبطل النذر بِهِ، ووجه الاستحسـان أَنَّ النـاس تعارفوا التزام الْإِحْرَام بهذا الطَّرِيق، والقياس متروكٌ عند معارضة الْإِجْمَاع.

وتفسـير الاستحسان بالعادة أَنَّ ذكر المشـي جَعَلَ مقتضياً للإحرام، لمَّا كَانَ للمشي اختصاصٌ بِهِ فَصَارَ تقدير المسألة: لله عليَّ أن أحرم بِحَجَّةٍ أَوْ عمرةٍ ماشياً، أَوْ لله عليَّ حجةٌ أَوْ عمرةٌ ماشياً.

والدليـل عَلَى أَنَّ التقدير ما قلنا: أن يجعل عبارة عن التزام الْإِحْرَام أَنَّ حقيقة

= قلت: وألحقت بِهَا بَيْتَاً آخر فقلت:

ويزاد عاشـرة هـل الجني يثاب   بطاعـةٍ كالإنـس يـوم المسـألة

رد المحتار.

المشـي لَمْ تهدر، حَتَّى قالوا: يلزمه المشـي، وَإِنَ ركب ذبح شـاةً، فثبت أن المشي مُلتَزم بمقتضاه، وَإِنَّمَا صحَّ التزام المشي لِأَنَّهُ مزية تتضمن فضل قربةٍ فِي هَذَا البَابِ، قَالَ النَّبي ﷺ: (من حَجَّ مَاشِـياً فَلَهُ بِكُلِّ خُطْوَةٍ حَسَـنَةٌ مِنْ حَسَنَاتِ الحَرَمِ) قِيلَ وَمَا حَسَنَاتُ الحَرَمِ، قَالَ: (وَاحِدَة سَبْعُ مِائَةٍ)[1]، وَلَهُ أن يركب ويذبح شاةً عَلَى ما سبق ذكره فِيمَنْ التزم الحج ماشياً، وأخذنا فِي الذهاب والخروج بالقياس بعدم العادة.

٥٠٩- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رَجُلٍ قَالَ: عَلَيَّ المَشْيَ إِلَى الحَرَمِ أَنَّهُ لَا شَيءَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِلَى الصَّفَا وَالمَرْوَةِ، وَقَالَا فِي قولَهُ: (عَلَيَّ المَشْيَ إِلَى الحَرَمِ) مِثْلُ قولِهُ (إِلَى بَيْتِ اللهِ).

وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي الْمَسْـجِد الحرام ذكره فِـي الأصل، قالا: لِأَنَّ الحرم شـاملٌ عَلَى البيت، وَكَذَلِكَ الْمَسْـجِد الحرام، فأمَّا الصفـا والمروة فمنفصلٌ عن البيت، وَهُوَ تابعٌ من توابعه.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أن التزام الْإِحْرَام بهذه العبارة غير متعارفٍ فوجب رده إِلَى القياس، بخلاف قولَهُ: (عليّ المشـي إِلَى الكعبة) أَوْ (إِلَى بيت الله) أَوْ (مكة) وَفِي النوادر (إِلَى بكة) لِأَنَّ ذَلِكَ كله متعارفٌ.

٥١٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إِنْ كَانَ لِي إِلَّا مائة دِرْهَم فامرأته طَالِقٌ ثَلَاثاً، فَإِذَا لَيْسَ لَهُ إِلَّا خَمْسُـونَ درهماً أَقَرَّ بِذَلِكَ لَمْ يحنث.

(١) تقدم تخريجه فِي كِتَاب الحج.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (غير مائة) أَوْ (سوى مائة دِرْهَم) وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا خَمْسُونَ درهماً، أَقَرَّ بِذَلِكَ لَمْ يحنث لِأَنَّهُ استثنى المائة فَصَارَ مستثنياً لأجزائها، والخمسون من أجزائها، والله أعلم.

٥١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدُ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: امْرَأَتُهُ طالقٌ إِنْ لَمْ يُقَبل فُلَانَاً، وَفُلانٌ مَيِّتٌ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِموتِهِ؛ قَالَ: لَا شَيءَ عَلَيْهِ، فإِنْ كَانَ يَعْلَمُ طَلُقتْ امْرَأَتُهُ.

أَمَّا إِذَا علم بموته فَقَدْ قصد حياته الموهومة فانعقدت عَلَيْهَا الْيَمِين، لِأَنَّ الْيَمِين عقدٌ يصح تعليقه بالشرط، ويصح مع كل خطرٍ، فصح بناؤه عَلَى الموهوم تأكيداً لما يحتمل الوجود، كما قلنا فِي قولَهُ: (والله لأمسنَّ السماء).

فأمَّا إِذَا كَانَ لَا يعلم بموته لَمْ ينعقد، لَا لعدم الاحتمال، وَلَا لِأَنَّ الاحتمال لَيسَ بكافٍ لكن لِأَنَّهُ لَمْ يعقده عَلَى الَّذِي احتمل الحدوث، وَإِنَّمَا عقده عَلَى الحياة القائمة عَلَى ما قدره فِي نفسه، فَإِذَا لَمْ يوجد لَمْ يَصِحَّ تحويله إِلَى غير ما قصده، وإلى غير ما أضافه إِلَيْهِ.

٥١٢- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رَجُلٍ قَالَ: إِنْ لَمْ أَشْرَبْ المَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الكُوزِ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ ثَلَاثاً فَإِذَا لَيْسَ فِي الكُوزِ ماءٌ لَمْ يَحْنَثْ، وإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَاهرِيقَ حَنِثَ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمه الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله يَحْنَثُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً.

وجه قول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّ الْيَمِين أضيفت إِلَى المستقبل فصحت مِنْ غَيْرِ

احتمـالٍ كقولَهُ: (والله لأقتلن فُلَانًا) وَهُوَ يعلم أَنَّهُ ميتٌ، أقام الخبر فِي المستقبل مقام الاحتمال.

وجه قولَهُما: أَنَّ العقد أضيف إِلَى مَا لَا يحتمـل الوجود فبطل كالغموس، وَهَذَا لِأَنَّ الَّذِي أضافه إِلَيْهِ عَلَى ما قدره لَا يحتمل الوجود، إذ الحادث عينٌ بخلاف قولَهُ: (لأقتلن فُلَانًا الميت) لِأَنَّهُ إِذَا أحياه الله تَعَالَى كَانَ فُلَانًا بِعَيْنِهِ، وَقَالَ مشـايخ بلخ ﷺ: وَهَذَا إِذَا لَمْ يعلم، فَإِذَا علم فيجب أن يصح، كالقتل، وَقَالَ مشايخنا ﷺ: الوجهان سـواءٌ فِي هَذِهِ المسـألة لما قلنا من عدم الاحتمال، بخلاف قتل الميت، فَـإِذَا كَانَ الماء موجوداً فاهريق، فإِنَّ الْيَمِين انعقدت وَهِيَ مطلقةٌ، والمطلقة غايتها هـلاك الحالف أَوْ هلاك ما عقد عَلَيْهِ، فَـإِذَا ترك البرَّ حَتَّى انتهت مدة العقد، حيث كما لو مَاتَ الحالف والماء باقٍ.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إن لَمْ تشربي المـاء الَّذِي فِي هَـذَا الكوز الْيَوْم، وفيه ماءٌ فاهريق قبل اللَّيْل، قَالَ: لَا يحنث، وَهُوَ قول محمَّد رحمه الله أَيْضاً، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يحنث وهذه فرع الْأُولَى، لِأَنَّ المذهب عندهـم أنَّ الْيَمِين مَتَى عُقدت عَلَى فعلٍ لَا يمتد مؤقتاً باليوم فإنَّما يلزم انعقاده فِي آخِـرِ أجزاء النَّهَار مثل قولَـهُ: (والله لأفعلن كذا الْيَوْم) فإنَّما يلـزم انعقاده فِي آخِرِ النَّهَار من قبل أنَّ الفعل الَّذِي لَا يمتد إِذَا أضيف إِلَى وقتٍ ممتدٍ صَارَ الْوَقْت ظرفاً لَا معياراً، مثل صَلَاة الظُّهْر فِي وقت الظُّهْر أنَّ الْوَقْت ظرفه لَا يتعين لَهُ عَلَى النفاذ إِلَّا فِي آخره، عَلَى احتمال أَنْ يَكُونَ كل جزءٍ مِنْهُ وقتاً لأدائه باختياره، فَإِذَا لَمْ يفعل تعين الآخر.

فَكَذَلِكَ ههنا أضيف إِلَى شرب الماء وَهُوَ لَا يمتد إِلَى الْيَوْم المعرف، والمرادُ بِـهِ الْيَوْم الراهـن الممتد، فَإِذَا لَمْ يشـربه فِي آخِرِ النَّهَار صَارَ آخـره عيناً لانعقاده،

ويَوْمَئِذٍ[1] الماء هالك فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ ابتداء العقد فِي آخِرِ النَّهَار، والماء هالكٌ فَصَارَ عَلَى الاختلاف، وَلَهُذا قلنا فِي قولَهُ: (والله لأمسنَّ السماء الْيَوْم) أَنَّهُ يحنث فِي آخِرِ النَّهَار.

٥١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ إِنْ دَخَلْتُ هَذِهِ الدَّار فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ ثَلَاثاً، فَانْهَدَمَتْ الدَّارُ، فَصَارَتْ صَحْرَاء ثُمَّ دَخَلَهَا حَنِثَ. وَكَذَلِكَ إن بُنيت دَارٌ أُخْرَى فَدَخَلَهَا، وَإِنَ بُنِيَتْ حَمَّاماً أَوْ بُسْتَاناً فَدَخَلَ لَمْ يَحْنَثْ.

لِأَنَّ الدار اسم للعرصة فِي كلام العرب.

أَلَا تَرَى أَنَّ العرب سمت الصحارى دوراً؟ والبناء والعمران فِيهَا وصفٌ مرغوبٌ لِأَهْلِ الحضر.

أَلَا تَرَى أَنَّا نسمي الدار الخربة دَارَاً أَيْضَاً؟

وَإِذا عقدت الْيَمِين عَلَى عينٍ لَمْ تعتبر صفة العمران، واعتبرت الإشارة، وَإِذا عقدت عَلَى غير العين اعتبر الوصف فيتقيد بِهِ الْيَمِين.

فَإِذَا بنيت دَارَاً أُخْرَى لَمْ يتبدل باعتبار أصله، وَإِنَّمَا تبدل الوصف الَّذِي لغا فِي حكم الْيَمِين فيحنث إِذَا دخلها، وَأَمَّا إِذَا جُعلت حماماً أَوْ بستاناً فَقَدْ تبدل أصلُها.

أَلَا تَرَى أَنَّ اسم عينها الَّذِي هُوَ عَلَمٌ قَدْ بطل؟ وإنما تُعرف الأعيان الموجودة باعتبار أسمائها الَّتِي هِيَ أعلامٌ لَهَا، فَإِذَا تبدلت كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تبدل العين.

(١) حينئذٍ

٥١٤- وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ قَالَ: (إن دخلتُ هَذَا البيت فَامْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثاً) فهدم فدخله لَمْ يحنث.

وَإِنَ بنا بَيْتَاً آخر فدخله لَمْ يحنث أَيْضَاً، لِأَنَّ البيت اسمٌ لما يحتمل البيتوتة، وَلَا يُحتمل إِلَّا ببناء، فَصَارَ البناء من ذاته وعينه لَا من أوصافه، فَإِذَا بطل بطلت الْيَمِين، وَإِذا تبدل ببناء آخر وجب تبدل العين بِمَنْزِلَةِ دارٍ جُعلت حماماً، فإن رُفع سقفُ البيت، وبقيت حيطانُه فدخله حنث، لِأَنَّ السقف صفةُ الكمال فِيهِ، إذ البيتوتة تحصل بِهِ عند عدمه، فَصَارَ كأصل البناء فِي الدار.

٥١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إِنْ أَكَلْتُ شَيْئاً من هَذِهِ الرُّطَبَةِ فَامْرَأَتِي طالقٌ، فَتَصِيرُ تَمْرَةً فَيَأْكُلَهَا؛ قَالَ: لَا يَحْنَثُ.

وهذه فِي الجامع الكبير أَيْضَاً، والدليل فِيهِ أنَّ هَذِهِ الْيَمِين إِنَّمَا عُقدت بدعوة الرطوبة لِأَنَّ من النَّاس من يرغب عن الرطب لرطوبته، ثُمَّ يرغب فِيهِ إِذَا صَارَ تمراً ليبوسته، والشرع لَمْ يرد بالنهي فِي ذَلِكَ فتقيّدت الْيَمِين بهذا الداعي فانتهت عند انتهاء الداعي، بخلاف ما إِذَا حلف لَا يكلم هَذَا الشاب، أَوْ هَذَا الصبيَ، فكلمه بعدما شاخ، يحنث لِأَنَّ الشرع أمرنا بتحمل أخلاق الفتيان، وأمرنا بمدارة الصبيان، فَلَمْ يصح اعتبار ذَلِكَ الداعي شرعاً.

٥١٦- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ قَالَ: (إن أكلتُ من هَذَا اللبن شَيْئاً فَامْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثاً) فأكل من شيرازه[١]، قَالَ: لَا يحنث.

(١) معناه اللبن الرائب والمصفى يطلق عَلَيْهِما

لِأَنَّ عينه مأكولٌ فثبتت حقيقته، فَلَا يتناول مجازه، وَهُوَ تناول ما يتخذ مِنْهُ.

٥١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: إِنْ تَسَريتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ؛ قَالَ: إِنْ تَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ فَهِيَ حُرَّةٌ، وَإِنَ تَسَرَّى جَارِيَةً اشْتَرَاهَا مِنْ بَعْدِ لَمْ تعتق.

وَهَذَا عندنا، وَقَالَ زفر: تعتق فِي الحالين، وجه قولَهُ: إن التسري تصرفٌ لَا يَسْتَغْنِي عن المِلك، فيصير ذكره ذكراً للملك، كرجلٍ قَالَ لأجنبيةٍ: (إنْ طَلَّقْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ) أَنَّهُ يصير بِمَنْزِلَةِ قولَهُ: (إن تزوجتك فطلقتك) فَكَذَلِكَ هاهنا يصير بِمَنْزِلَةِ قولَهُ: (إن ملكت أمةً وتسريتها فَهِيَ حُرَّةٌ).

وجه قولنا: أنَّ إيجاب العتق لَمْ يحصل فِي الملك وَلَا مضافاً إِلَى الملك فبطل، وَذَلِكَ لأنَّ التسري لَيْسَ من أسباب الملك، لِأَنَّهُ عبارةٌ عن البيوتة والتحصن، والمنع من الخروج عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ.

وعند أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ طلب الولدِ مع ذَلِكَ شرطٌ، وكل ذَلِكَ لَيْسَ بعبارةٍ عن الملك، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَغْنِي عن الملك فَصَارَ الملك مذكوراً مقتضى صحته، فَلَمْ يتعد عَنْهُ إِلَى صحة الجزاء، فبقي الجزاء فِي غَيْرِ الملك.

ومسألة الطلاق نظير هَذِهِ المسألة، لِأَنَّ ذكرَ الطلاق ذكرٌ للنكاح الَّذِي لَا يَسْتَغْنِي عَنْهُ، لَا ذكرٌ لما يَسْتَغْنِي عَنْهُ الجزاء، حَتَّى إِذَا قَالَ لِامْرَأَةٍ: (إِنْ طَلَّقْتُك وَاحِدَة فأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً) فنكحها ثُمَّ طَلَّقَهَا وَاحِدَة لَمْ تقع الثَّلَاث، لِأَنَّ الملك الضروري لَمْ يتعد إِلَى الجزاء، فأَمَّا العتق فإنَّما يصح فِيمَا ذكره لقيام المِلك للحال، والله أعلم.

٥١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكِبَ دَابَّةً لِعَبْدِهِ المَأْذُونِ(١)؛ قَالَ: لَا يَحْنَثُ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَينٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يحنث فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعاً.

وَلَمْ يُشبع هَذِهِ المسألة وَلَمْ يشرحها، فأمَّا عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دينٌ مستغرقٌ لَمْ يحنث وَإِنَ نواه لِأَنَّهُ لَا حق لِفُلَانٍ فِيهِ، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دينٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مستغرقاً لَمْ يحنث حَتَّى ينويه، فإن نواه حنث.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي الأَحْوَالِ [الثَّلَاثِ](٢) كلِّها لَا يَحْنَثُ حَتىَّ يَنْوِيَهُ، فَإِنْ نَوَاهُ حَنِثَ بِكُلِّ حَالٍ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحْنَثُ بِكُلِّ حَالٍ، وَإِنَ لَمْ يَنْوِهِ.

أَمَّا مسألة الدَّين أَنَّهُ يمنع المِلك عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مسائل المأذون، وَإِنَّمَا الاختلاف فِي هَذَا بين أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وبين محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ.

وجه قولَهُ: أنَّ كسب العَبْد لمَّا كَانَ مَمْلُوكاً لمَوْلَاهُ فَقَدْ وُجد شرط الحنث مِنْ غَيْرِ نيةٍ، ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أنَّ مِلك الرَّجُل مطلقاً لَا يتناول كسب عبده، لِأَنَّ كسب عبده لعبده برٌ، وَهُوَ الأصل فِيهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ أضيف إِلَيْهِ شرعاً؟

قَالَ النَّبي ﷺ: (مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ لِلبَائِعِ)(٣)، وَكَذَلِكَ فِي العادة أَيْضاً، فَلَمْ يدخل فِي المطلق.

---

(١) سقط من د المأذون

(٢) فِي ب

(٣) رواه أبو داود برقم/ ٣٤٣٥/، والنسائي برقم/ ٤٩٨٦/، والبيهقي فِي السنن الكبرى =

٥١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ اشْتَرَيتكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ حَنِثَ فِي يَمِينٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ يَنْوِي أَنْ يَكُونَ حُرّاً عَنْهُ لَمْ يُجْزِهِ، وَإِنَ اشْتَرَى أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ يَنْوِي أَنْ يَكُونَ حُرّاً عَنْهُ أَجْزَأَهُ، وَإِنَ اشْتَرَى أَمَّ وَلَدِهِ يَنْوِي أَنْ تَكُونَ حُرَّةً لَمْ يُجْزِئْهُ.

أَمَّا فِي مسألة الأخ فلأنَّ العتق وجب صلةً لَهُ متعلقاً بالقرابة والمِلك ولكل وَاحِدٍ أثرٌ فِي الصلة، والقرابة سببٌ للوصل، والمِلك سببٌ للبرّ أَيْضاً، والمملوك يصلح مستحِقاً حقاً عَلَى مَوْلَاهُ لَا يعود رفقه إِلَى ملك الْمَوْلَى، كما يستحِق ديناً عَلَى مَوْلَاهُ إِذَا رَجَعَ رفقُه إِلَى غرمائه، وهاهنا يعود رفقُ العتق إِلَى غير ملكه، لِأَنَّ رفقَ عتق العَبْد إِنَّمَا يعود إِلَيْهِ وَهُوَ حرٌ، فصلح المِلك علةً لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ أَمَّ الْوَلَد استحقت العتق وَهِيَ مملوكةٌ؟

فَإِذَا استوى الوصفان فِي الأثر، ولأحدهما فضلُ نسبة الوجود إِلَيْهِ صَارَ الآخرُ أولى بنسبة الحكم إِلَيْهِ، وَقَدْ حصل بفعل الْمُشْتَرِي فَصَارَ الْمُشْتَرِي مباشراً للحكم بواسطة التملك، فَصَارَ معتقاً، وَلِهَذا صلح سبباً لضمان الإعتاق، ويسمى معتقاً مجازاً فِي الشريعة.

فأمَّا قولَهُ: (إن اشتريتكُ فأنت حرٌ) فإِنَّ قولَهُ: (أنت حرٌ) علةٌ للعتق بانفراده مَتَى زال المانع، وللمِلك شبهٌ بالعلل وَلَا تعارض بين حقيقة العلة وبين ما لَهُ شبهٌ بِهَا فَلَمْ يصح الترجيح بالوجود، وإنما الرجحان بعد الاستواء.

= برقم/ ١١٠٧٧/ ، ومالك فِي الموطأ من رواية محمّد بن الحسن برقم/ ٧٩٢/ ، وكلهم بزيادة (إِلَّا أنْ يشترطَ المبتاعُ).

وَأَمَّا مسألة أمِّ الْوَلَد فتحتاج إِلَى زيادةٍ فِي السؤال، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لَهَا: (إن اشتريتكِ فأنتِ حرةٌ عن كفارة يمينٍ) ثُمَّ يَشْتَرِيها وينوي عن الكفارة مع ذَلِكَ لمكان حق العتق، ثُمَّ لَا يُجْزِئُهُ، وَلَوْ جَعَلَ حق العتق مضافاً إِلَى المِلك لصح، ولكنَّ حق عتقها مضافٌ إِلَى النسبة السابقة، لِأَنَّ المملوك لَا يستحق حقاً باعتبار الملك عَلَى مَوْلَاهُ يعود رفقه إِلَى ملكه، فَلَمْ يصح الملك علة مع بقاء المملوكية، فنسب إِلَى الْأَوَّل، وإِنْ كَانَ باعتبار الحال يقع العتق مع ذَلِكَ، ولكن حق العتق شرعيٌ محضٌ، فيسبق فيبقى للتكفير إعتاق أمِّ الْوَلَد.

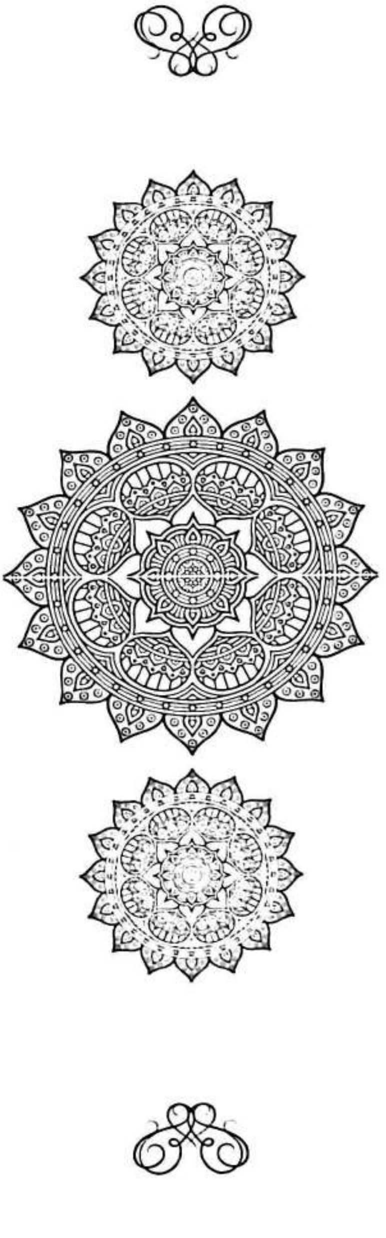
٥٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ خَدَمْتَنِي أَيَّامَاً كَثِيرَةً فَأَنْتَ حُرٌّ؛ قَالَ: أَكْثَرُ الأَيَّامِ عَشَرَةٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: سَبْعَةٌ.

وَهِيَ فرع مسألة أُخْرَى: إِذَا حلف لَا يكلم فُلَانَاً الأيام، فإن ذَلِكَ عشرة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندهما سبعة، فأكثر الأيام جمعاً صيغةً ومعنىً عشرةٌ، وأكثرها جمعاً متناهياً يمكن العمل بِهِ سبعةُ [أيام][1] عندهما، وَقَدْ سبق ذكر خاتم الْفِضَّة أَنَّهُ لَيْسَ من الحلي، وَأَمَّا خاتم الذهب فمن الحلي بلا إشكالٍ.

(١) فِي ب

٩- كِتَابُ الحُدُودِ



٥٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ شَـهِدَ عَلَيْهِ شُهُودٌ بَعْـدَ حِينٍ بِسَرِقَةٍ أَوْ زِنَاً أَوْ شُرْبِ خَمْـرٍ. قَالَ: لَا حدَّ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ يَضْمَـنُ السَّرِقَه، وَإِنَ هُوَ أَقرَّ بِذَلِكَ بعد حينٍ أَخَـذَ بِذَلِكَ إِلَّا الشُّرْبَ، فَإِنَّهُ لَا يُؤخَذُ بذَلِكَ. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤخذ بِهِ كَمَا يُؤخَذُ بِالسَّرِقَةِ وَالزِّنَا.

الأصـل فِيهِ أنَّ الشـهادة فِي الحدود تبطـل بتقادم العهد، أَمَّـا فِي كل حدٍّ لَا يُشـترط لَهُ دعوى العباد فإنَّ الشـهود إِذَا عاينوا الفاحشـة كانوا بالخيار، إن شاؤوا احتسبوا فِي أداء الشهادة، وَإِنَ شاؤوا احتسبوا فِي ستر الْمُسْلِم، فإن احتسبوا الحدَّ لَـمْ يحل لهـم التأخير، لِأَنَّ تأخير الحـدود حرامٌ، فَلَمَّا أخـروا فإنَّما أخروا صيانة لسـتر الْمُسْلِم، فَقَدْ احتسبوا، فَإِذَا شهدوا مِنْ بَعْدِ، فإنَّما حملتهم عَلَى ذَلِكَ ضغينةٌ وعداوةٌ فبطلت شهادتهم، وَإِنَ كانوا فِي الابتداء أخروا مع اختيارهم الحسبة لإقامة الحدود، فَقَدْ فسـقوا، وَقَدْ ثبت فسقهم بيقينٍ فردت شهادتهم، وَلَهُذا لَمْ يبطل حدُّ القذف بالتقادم لِأَنَّهُ لَا تصح الشهادة ثمَّة إِلَّا بالدعوى، فَلَا يفسق الشهود بالتأخير، فَصَارَ ذَلِكَ كالأموال، فإن قيل: يبطل هَذَا الأصل بالشـهادة بالسرقة المتقادمة أَنَّها لَا تقبل، وَلَا صحة لَهَا إِلَّا بالدعوى، قيل لَهُ: لمشايخنا طريقان فِي هَذَا:

أحدهما: أنَّ التقادم صَارَ مُبطَلاً بمعناه الَّذِي ذكرنا، ثُمَّ دار الحكم عَلَى صورة التقادم، لِأَنَّ معنى التهمة باطنٌ، لِأَنَّ الحدود الخالصة تسـقط بصورة المُسقط كما

يبطل بمعناه، وَهَذَاطريق مشـايخنا ﷺ، وَذَلِكَ كالنكاح الفاسد يمنع الحدُّ بمعناه، ودعواه تمنعه بصورته.

والطريق الثَّانِي: ذكره الشـيخ أَبُـو مَنْصُورِ الْمَاتُرِيدِيُّ الله ﷺ فِي شـرح هَذَا الْكِتَـاب، وحكـى عَنْهُ الإمام عبد الكريم جدُّ والدي: أنَّ الشـهادة بسـرقةٍ متقدمةٍ بطلت لبطلان الدَّعْوَى، وَذَلِكَ أنَّ المدعي فِي السرقة مخيرٌ بين أن يحتسب بدعواه إقامة الحدَّ فيبذل ماله فِي ذَلِكَ ليقام الحدُّ فتبطُل عصمة ماله، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ بالستر فادعى الأخذ فيصون سـتره وَلَا يبذل ماله، فإن اختار الحسـبة حرم عَلَيْهِ التأخير، فَإِذَا أخر كَانَ بناءً عَلَى ترك جهة الحسـبة، فَإِذَا عاد يَدَّعِي السـرقة لَمْ تصحَ دعواه السرقةَ بعد ما لزمته التهمة، وسقطت ولايته فِي دعوى السرقة لإقامة الحدِّ حسبةً، فبطلت الشهادة أَيْضَاً، وبقيت دعوى الْمَال، والشهادة بِهِ توجب القضاء بالمال.

[مطلب: في تقادم الحين]

وذكر فِي الْكِتَاب فِي التقادم الحين، وَذَلِكَ ستة أشهر، وَلَمْ يُرد بِهِ الأمر اللازم، وعـن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ لَمْ يقدره، وفوض إِلَى رأي القضاة[1] فِي كل عصرٍ عَلَى ما

(١) قَالَ الإمام الحصكفي الدمشـقي فِي الدر المختار شـرح تنوير الأبصار: القضاءُ مظهرٌ لَا مثبتٌ ويتخصَصُ بزمانٍ ومكانٍ وخصومةٍ حَتَّى لوْ أمرَ السُـلطانُ بعدَ سـماعِ الدَّعْوَى بعدَ خمسةَ عشرَ سنةً فسمَعَهَا لمْ ينفذْ.
قلـت: فَلَا تسـمعُ الآنَ بعدها إلَّا بأمرِ فِـي الوقفِ والإرثِ ووجودِ عذرِ شـرعيٍّ وبهِ أفتى المفتي أبو السُعودِ فليحفظْ.
وَقَالَ العلامة المحقق محمد أمين ابن عابدين الشـامي ﷺ تَعَالَى: (قولَهُ: فَلَا تسـمعُ الآنَ بعدها) أيْ لنهيِ السُـلطانِ عنْ سماعها بعدها فقدْ قالَ السَيدُ الحمويُّ فِي حاشيةِ الأشباهِ: أخبرني أستاذي شيخُ الْإِسْلَام يحيى أفندي الشَهيرُ بالمنقاريِّ أنَّ السَلاطينَ الآنَ يأمرونَ =

يراه متعَارفاً، وعن محمَّد ﷺ أَنَّهُ قدر أدناه بالشهر، لِأَنَّهُ أدنى الآجال شرعاً وعادةً.

أَلَا تَـرَى أَنَّ مـن حلـف ليقضين حق فـلانٍ عاجلاً، وقع ذَلِـكَ عَلَى ما دون الشـهر، وَأَمَّا إِذَا أَقَرَّ بحدٍّ متقادمٍ بزناً أَوْ سـرقةٍ أَوْ قطع طريـقٍ أُخذ بِهِ، لِأَنَّ التقادم جَعَلَ مسـقطاً للشهادة لما قلنا من فسـق الشهود، أَوْ فساد الدَّعْوَى، ثُمَّ دار الحكم عَلَى صورته تيسيراً، والتقادم فِي الإقرار غير مؤثرٍ فِي الأصل، لِأَنَّ الإقرار لَا يبطل بالتهمة، والمقرُّ غير مخيرٍ أَيْضَاً، بَلْ تلزمه التوبة، والتمسك بالذي يُمحص ذنبه.

وَأَمَّا فِي حدِّ الشـرب فَإِنَّهُ إن ثبت بالبينـة كَانَ التقادم مبطلاً للحجة أَيْضَاً لما قلنـا، لكنَّهم اختلفوا فِي تحديد التقادم، أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ ﷺ فَقَدْ جعلا حدَّه انقطاعُ رائحة الخمر، وَكَذَلِكَ كل مسكرٍ، وَأَمَّا محمَّد ﷺ فَقَدْ جعله مثل سائر الحدود، وقدَّر التقادم بالزمان، وَهُوَ الشهر، واحتُج بأَنَّ هَذَا حدٌّ، فَلَا تبطل الحجة عَلَيْـهِ بطريق التقادم، إِلَّا بزمانٍ مديدٍ كسـائر الحدود، وَهَذَا لِأَنَّ التأخير هُوَ المؤثر [المعتبر][(1)] فِي الباب.

[مطلب: في الأثر والرائحة]

وَأَمَّا الرائحة فَلَا أثر لَهَا، وَهِيَ محتملةٌ أَيْضَاً، والمحتمل لَا يُصلح حجةً ودليلاً.

أَلَا تَرَى أَنَّ الروائح متشابهةٌ؟

= قضاتهمْ فِي جميعِ ولاتهمْ أنْ لَا يسمعوا دعوى بعدَ مضيِّ خمسَ عشرةَ سنةً سوى الوقفِ والإرثِ اهـ.

ونقـلَ فِي الحامديَـةِ فتاوى منْ المذاهبِ الأربعةِ بعدمِ سـماعها بعـدَ النَهيِ المذكورِ. رد المحتار ٥/ ٤٢٠.

(١) فِي ب

ولأَبِـي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ رحمهما الله أَنَّ رَجُلًا يُقَالُ لَهُ هَزّالُ جَـاءَ بِابْنِ أَخٍ لَهُ إِلَى عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْـعُودٍ رضي الله عنه، فَاعْتَرَفَ عِنْدَهُ بِشُرْبِ الْخَمْرِ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنه: بِئْسَ وَلِيُّ الْيَتِيمِ أَنْتَ، لَا أَدَّبْتَهُ صَغِيرًا وَلَا سَتَرْتَ عَلَيْهِ كَبِيرًا، ثُمَّ قَالَ: تَلْتِلُوهُ وَمَزْمِزُوهُ ثُمَّ اسْـتَنْكِهُوهُ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِـدُوهُ[(1)] [(2)]، فثبت بِهِ أَنَّ المعتبر فِيهِ قيامُ الرائحة، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: التعليقُ بالشرط يوجب الوجود عند وجود الشرط، وَلَا يوجب العدم عند عدمه.

والحجةُ فِي المسألة أَنَّ الاختلاف واقعٌ فِي تقدير قرب العهد وتقادمه، وأولى الْأَشْيَاء دلالةً عَلَى قرب العهد أثره، لِأَنَّ الاستدلال بالآثار عَلَى قيام الأصول، وكيفية انقضائها واجبٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِذَا تعذر ذَلِكَ صِير إِلَى ما يخلفه وَهُوَ الْوَقْت، والتمييز بين الروائح بالاسـتدلال ممكنٌ، وَإِنَّمَا يشـتبه عَلَى الجاهل، وَلَا عبرة بالجاهل فِي موضـع الحجة، وَأَمَّا إِذَا ثبت بالإقرار فإِنَّ محمَّداً رحمه الله قَالَ: لَا يُبطل بالتقادم اعتباراً بسـائر الحـدود، وَهُوَ القياس الواضح، وَقَـالَ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ رحمهما الله: لَا يُقام الحدُّ بالإقرار إِلَّا بقيام الرائحة أَيْضَاً، وَهَذَا مِنْهُمَا فتوى تخالف القياس، وطريقهما فِي ذَلِكَ: أَنَّ حدَّ الشرب إِنَّمَا ثبت بإجماع الصحابة رضوان الله عَلَيْهِم، وَلَا إجماع إِلَّا برأي ابن مسـعود رضي الله عنه، وَمَا عُلم مِنْهُ إقامة حدِّ الشرب إِذَا ثبت بحجة الإقرار إِلَّا بقيام الرائحة، لِأَنَّ الحديث الَّذِي رويناه إِنَّمَا ورد فِي الإقرار، والتعليق بالشـرط ما يوجـب الوجود عند وجوده لَا محالة، فَلَا يثبت وجـود[(3)] الحدِّ بهذه الحجة عَلَى

(١) فِي ب: فحدوه

(٢) رواه الطبراني فِي الكبير برقم/ ٨٥٧٢/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٧٥٢٧/، وابن أبي شيبة برقم/ ٢٨٦٢٥/، وعبد الرزاق برقم/ ١٣٥١٩/

(٣) فِي ب: وجوب

قولَهُ إِلَّا بهذا الشـرط، فيبطل عند عدمـه لَا بحكم هَذَا التعليق، لكن بعدم الْإِجْمَاع الَّذِي ثبت بِهِ الحدُّ، والله أعلم.

قَـالَ: إِنْ كَانَتْ الريح تُوجد حين أخذوه، فَلَمَّـا ذهبوا بِهِ إِلَى الإمام انقطعت الرائحة بسبب بعد المسافة لَمْ يبطل الحدُّ، لِأَنَّ هَذَا موضع العذر، وَكَذَلِكَ التقادم فِي سـائر الحدود إِذَا ثبت بهذا العذر لَمْ يَكُنْ مانعاً، ونظير شرب الخمر فِي اعتبار أثره ما قالوا فِي نفي الْوَلَد أَنَّهُ يصح بقرب الولادة، ثُمَّ قدَّرَ أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله قُربها بأثرها وَهُوَ النّفاس.

٥٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَـهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَـا فَزَكَّاهُم نَفَرٌ زَعَمُوا أَنَّهُم أَحْرَارٌ مُسْـلِمُونَ؛ فَإِذَا هُم مَجُوسٌ، أَوْ عَبِيدٌ، وَقَدْ رَجَمَهُ الإِمَامُ حِينَ زَكَّوهُم بِذَلِكَ؛ قَالَ: عَلَيْهِم الدِّيَةُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا شَيْءَ عَلَى المزكين فِي ذَلِكَ، وَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

وجـه قولَهُمـا: إِنَّ هَذَا خطأٌ من القَاضِي حين قَضَى فَصَـارَ ضمانُه عَلَى بيت الْمَال، فأمَّا المزكون فَلَمْ يصنعوا شَـيْئاً غير إِنَّهم أثنوا عَلَى الشهود خَيْرَاً، وَلَوْ أثنوا عَلَى المشـهود عَلَيْهِ وهم شـهود الإحصان لَمْ يضمنوا شَـيْئاً، فههنا أولى، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ المزكي متلفٌ، فلزمه الضمان، كالشهود إِذَا رَجعوا.

وَإِنَّمَـا قلنا هَذَا لِأَنَّ الشـهادة هِـيَ العلة الموجبة فِي مجلس القضـاء، وَإِنَّمَا صَـارَتْ حجةً بالتزكيـة، فصارت التزكيـة بِمَنْزِلَةِ علة العلة، وَلَيْسَ كَذَلِكَ شـهود الإحصان، لِأَنَّ الزنا إِنَّمَا أوجب الحدَّ لِأَنَّهُ عدوانٌ، والخصال الحميدة[1] لَا تصلح

(١) فِي ب: وخصال الخير

علةً لحكم العدوان، فَلَمْ ينسب إليهم، وههنا الشهادة صَارَتْ حجةً كرامةً للشاهد، فصلحت خصال الخير علة لَهَا، فَصَارَ الَّذِي يثبتها صاحبَ علة.

٥٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَبْدٌ وَلَهُ أُمٌّ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ، وَقَدْ مَاتَتْ، ويقذف الْمَوْلَى أُمَّهُ؛ فَلَيْسَ لِلعَبْدِ أَنْ يَأْخُذَ مَوْلَاهُ بِحَدِّهَا.

لِأَنَّ المذهب عندنا أنَّ حدَّ القذف لَا يُورث، وأنَّه إِنَّمَا يجب للحيِّ، ولَا يَجُوزُ أن يُعاقب الْمَوْلَى بسبب عنده، قَالَ: وَكَذَلِكَ لو قذف أمَّ ولده وَقَدْ مَاتَت وَهِيَ حُرَّةٌ مسلمةٌ وَلَهُا ولدٌ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أباه بحدها، لما قلنا، ويأخذه غيره إِنْ كَانَ لَهَا ولدٌ من غيره.

قَالَ: وَلَوْ قذف رجلٌ أمَّ عبدٍ لِرَجُلٍ وَهِيَ محصنةٌ، وَقَدْ مَاتَت، فللعبد أَنْ يَأْخُذَهُ بحده، وَهَذَا عندنا.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ الحدَّ إن وجب للميتة لَمْ يُورث، وَلَمْ يرثه إِلَّا من العَبْد لَا محالة، ولَا يَجُوزُ أن يجب لَهُ بقذفه، لِأَنَّ قذفه بزنا أمِّه لَا يزيد عَلَى قذفه بزناه، وَذَلِكَ لَا يوجب الحد، فهذا أولى، ولأصحابنا ﷺ: أَنَّهُ عيّره بقذف محصنةٍ فلزمه الحد، كمن قذف محصنةً وَهِيَ حيةٌ.

وبيانه: أنَّ قذف الأمِّ قذف محصنةٍ، وعاره يتصل بولدها ووالدها، فيصير الحي مقصوداً بِمَا يلحقه من العار، وَإِنَّمَا يثبت العار بحكم التعدي إِلَيْهِ، فتعدى بوصفه، ومن وصْفِه أَنَّهُ كاملٌ فِي موضعه، فتعدى بِذَلِكَ الوصف، وصار فِي التقدير كأنَّه محصنٌ فِي نفسه، وَكَذَلِكَ هَذَا لو كَانَ الابن نصرانياً والأمُّ مسلمةً.

٥٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةِ شُهُودٍ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا؛ فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى [بِهَا][1] بِالْبَصْرَةِ، وَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا بِالْكُوفَةِ، قَالَ: يُدرأُ عَنْهُم الحَدُّ جَمِيْعَاً، وإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ أَقَمْتُ الحَدَّ عَلَى الرَّجُلِ والْمَرْأَة.

أَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى؛ فَقَدْ شهدوا عَلَى فعلين مختلفين، لِأَنَّ الفعل بِالْبَصْرَةِ غيرُ الفعل بِالْكُوفَةِ، وَلَيْسَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا حجة كاملة، فَلَا يُحدُّ المشهود عَلَيْهِما، وَفِي القياس يجب الحدُّ عَلَى الشهود، وَهُوَ قول زفر ﷺ، لِأَنَّ الحدَّ بطل عن المشهود عَلَيْهِ بنقصان عدد الشهود لما قلنا: إنَّ عَلَى كل زناً شهادةُ شاهدين، فوجب الحدُّ عَلَى الشهود كثلاثةٍ شهدوا عَلَى رجل بالزنا أنَّهم يُحدون لما قلنا.

ولنا: أنَّ الحد يسقط بالشبهة وَقَدْ وجدت، لأَنَّهم شهدوا بزناً واحد فِي زعمهم، وَإِنَّمَا جاء الاختلاف لذكر المكان فيثبت للشهادة شبهةَ الاتحاد، فسقط بِهِ حدُّ القذف، وَأَمَّا إِذَا شهدوا بِهِ أَنَّهُ فِي بيتٍ وَاحِدٍ واختلفوا فِي زواياه، أقيم الحدَّ عَلَى الرَّجُل والْمَرْأَة، لِأَنَّ هَذَا اختلافٌ محتملٌ للتوفيق، لِأَنَّ ابتداءَ الزنا قَدْ يَكُونُ فِي زاويةٍ ثُمَّ ينتقلان مضطرين إِلَى زاويةٍ أُخْرَى مِنْ غَيْرِ أن يصير فعلاً آخر، وَهَذَا إِذَا صَغُر البيت بحيث يحتمل ما قلنا، فأَمَّا إِذَا عظم البيت وَلَمْ يحتمل ما قلنا لَمْ يقبل، والله أعلم.

---

(١) فِي ب

٥٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَـهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا، فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا، وَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهَا طَاوعَتْهُ؛ قَالَ: أَدْرَأُ عَنْهُم الحَدَّ جَمِيْعَاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵏: يُحَدُّ الرَّجُلُ وَلَا تُحَدُّ الْمَرْأَةُ.

لأَنَّهـم اتفقوا فِي حـق الرَّجُل عَلَى زنـاً موجبٍ للحـد، لِأَنَّ الرَّجُل طائعٌ لَا محالة، وَقَـدْ زَادَ أحد الفريقين زيادةَ جنايةٍ وَهُوَ الإكـراه، وَذَلِكَ يؤكد جنايته، فَلَا يصير شـبهةً، وَأَمَّا الْمَرْأَة فَلَا حدَّ عَلَيْهَـا لِأَنَّ طواعيتها لَمْ تثبت، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّهم شهدوا عَلَى فعلين مختلفين فَلَا يُقبل، كما فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

بيانـه: أنَّ اللَّذين شـهدا بالإكراه أثبتـا لَهُ كلَّ الفعل، والآخران أثبتا لَهُ شـطرَ الفعل، فَصَارَ المشهود بِهِ مختلفاً، وَلَيْسَ عَلَى أحدِ الْوَجْهَيْنِ[1] حجةٌ كاملةٌ.

(١) فِي ب: الوصفين

[بَابُ الشَّهَادَةِ فِي الزِّنَا]

٥٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَـهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةٍ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّـمْسِ عِنْدَ النُخَيلَةِ، وَشَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى عِنْدَ طُلُوعِ الشَّـمْسِ فِي دَيـرِ هِنْدٍ؛ قَالَ: أَدْرَأُ عَنْهُم الحَدَّ جَمِيْعَـاً، وَلَا يُحَدُّ أَحَدٌ مِنَ الشُّهُودِ لِأَنَّ كُلَّ فَرِيقٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونُوا صَدَقُوا فَلَا يَلْزَمهُم الحَدَّ، إِلَّا إِنْ تَيقَّنَّا بِكَذِبِ أَحَدِ الفَرِيقَينِ.

لِأَنَّ الشخص الواحد لَا يَكُونُ فِي مكانين مختلفين فِي ساعةٍ وَاحِدَة، فنردهما جَمِيْعَـاً، [وَلَا يحـدُّ أحدٌ من الشـهود، لِأَنَّ كلَّ فريقٍ يُحتمـل أن يكونوا ضده، فَلَا يلزمهم الحدُّ][1].

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب

[بابُ الوَطءِ الَّذِي يُوجِبُ الحَدَّ وَمَا لَا يُوجِبُهُ]

٥٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ، وَقَالَ: عَلِمْتُ إِنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ؛ قَالَ: عَلَيْهِ الحَدُّ.

وَلَمْ يجعلوا قيام العدة [شبهةً][1]، وَهِيَ حق الملك عندنا حَتَّى حرُم بِهِ النكاح شـبهةً حكميةً، لِأَنَّ ملك النكاح ملك محلـلٌ ضروريٌ، وَهُوَ دون ملك الرقبة فَلَمْ يصلح مُحْرِماً، وملك الْيَمين وَهُوَ فوقه غيرُ محرمٍ.

وَإِنَّمَا التحريم معلقٌ بصفة أنَّ الْمَرْأَة صَارَتْ فراشـاً، أي محلاً لولدٍ بعد ولدٍ، وبهـذا الوصف صَارَ أحقُّ من العبادات فَصَـارَ مُحْرِماً تكميلاً لهذا الوصف، عَلَى مثال إحرام العبادات، والملك قَدْ سقط ههنا، فسقط التحليل.

فأمَّا التحريم فإنَّمـا كَانَ ثابتاً بقيام الفراش الَّذِي هُوَ الحكمةُ الكاملة فِي بقاء العالم، وَقَدْ بقيت فراشـاً فِي العِدَّةِ باعتبار شُـغل الماء، وَهَذَا شـبهةُ ذَلِكَ الفراش الأصلـي، لِأَنَّهُ لولدٍ وَاحِـدٍ لَا لتكرار أب الْوَلَد، فبقي التحريـم ببقاء حق المحَّرم وشبهته، فَصَارَ حق الفراش فِي حكم التحريم خاصةً، والتحليل لَمْ يثبت بِهِ، وَإِنَّمَا الشـبهة تقع من قِبَلِ حـق التحليل وَلَمْ يوجد، وَإِنَّمَا سـقط الحدُّ بالاشـتباه، لِأَنَّهُ موضع شبهةٍ.

---

(١) فِي ب

٥٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ، أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ، فَقَالَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي، ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ، وَقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ؛ قَالَ: لَا يُحَدُّ، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

لِأَنَّ الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اختلفوا فِي هَذِهِ المسائل، فجعلها بعضهم تطليقةً وَاحِدَةً بائنةً، وبعضهم رجعيةً، وبعضهم ثَلَاثاً، فَصَارَ هَذَا الاختلاف شبهةً.

كالمكاتب يُقتل عن وفاءٍ وَلَهُ أولادٌ أحرارٌ، أَنَّهُ لَا يجب القَوَدُ لما قلنا من اختلاف الصحابة فِي تعيين الولي الَّذِي يَمْلِك القَوَدَ، فَكَذَلِكَ هَذَا ههنا، وَلَا يثبت نسب الْوَلَد فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، لِأَنَّهُ زناً، وَإِنَّمَا يسقط الحدُّ بالشبهة لِأَنَّهُ عقوبةٌ، وَلَا يثبت النسب بالزنا بحالٍ.

٥٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي جَارِيَةٍ بَينَ رَجُلَيْنِ وَطِأَهَا أَحَدُهُمَا، ثُمَّ قَذَفَهُ إِنْسَانٌ؛ قَالَ: لَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِهِ. قَالَ: وَلَوْ وَطأَ جَارِيَتَهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ حَائِضٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ ثُمَّ قَذَفَهُ إِنْسَانٌ، قَالَ عَلَى قَاذِفِهِ الحَدُّ.

وأصله أَنَّ الحرمة فِي الوطء مَتَى كَانَتْ لعدم المِلك فَإِنَّهُ يبطل بِهِ الإحصان لِأَنَّ لَهُ شبهاً بالزنا، والحدُّ يسقط بالشبهة، وَإِنْ كَانَتْ الحرمة مع قيام المِلك، فَإِنْ كَانَتْ مؤبدةً يسقط بِهَا الإحصان أَيْضاً، لِأَنَّ التحريم المؤبد ينافي ملك الْمُتْعَة إن لَمْ يناف ملك الرقبة، فيصير الوطء واقعاً فِي غَيْرِ الملك مِنْ وَجْهٍ، فيصير شبيهاً بالزنا، وَإِنْ كَانَتْ الحرمة منتقصةً لَمْ يناف ملك الْمُتْعَة، فَلَمْ يثبت للوطء شبهةُ الزنا.

فَـإِذَا عرفت هَذَا قلنـا: إنَّ وطء أحد الشـريكين حرامٌ لعـدم المِلك، فأُبطل الإحصان لوقوعه فِي غَيْرِ الملك مِنْ وَجْهٍ، ووطء الأمة المجوسية والحائض حرامٌ مع قيام المِلك، لِأَنَّهُ منتقصٌ[1]، فَلَا ينافي مِلك الْمُتْعَة، فَصَارَ مَمْلُوكاً من كل وجهٍ.

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ لَا ينافي النـكاح؟ فإنَّ الزَّوْج إِذَا أَسْـلَمَ وامرأته مجوسـيةٌ بقي النـكاح إِلَـى العَرْض، وَلَوْ كَانَتْ الأمة أخته من الرضـاع يبطل الإحصان لما قلنا، وَأَمَّـا المكاتبةُ فإنَّ حرمة وطئها لَيْسَـتْ لعدم المِلـك، لِأَنَّ ملك الرقبة باقٍ، ولكن الوطءَ حرامٌ لقيام حقها فِي اليد، فكانت من قبيل حرمة المجوسـية وَهِيَ منتقصةٌ، وعَـنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ فِي وطء المكاتبة أَنَّهُ يسـقط الإحصـان لِأَنَّ متعتها[2] غير مملوكةٍ حَتَّى يجب العُقر عَلَى الْمَوْلَى.

والجواب: أنَّ ذَلِكَ لمِلك اليد، ومِلك اليد يضمن بِمَا يضمن بِهِ ملك الرقبة، كالرهن فِي حق إجزاءِ الرقبة دون البضع.

٥٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَطِأَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ امْرَأَتَهُ، وَقَالَ: ظَنَنْتُ أنَّها تَحِلُ لِي؛ قَالَ: يُدْرَأُ عَنْهُ الحَدُّ، وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ.

أَمَّا الحدُّ فلأنَّه اشتبه عَلَيْهِ فِي موضع الاشتباه، لِأَنَّ قُرب ما بين الْوَلَد والوالد واحدٌ مـن الطرفين، وَقَدْ وجدنا هَذَا القرب يوجب تأويـلاً فِي أحد الطرفين، فَإِذَا اشـتبه عَلَى صاحب الطرف الآخر، صَارَ معـذوراً، وَلَا يُحد قاذفه، لِأَنَّهُ زانٍ إِلَّا أنَّ الحد يسقط للشبهة، فلأن لَا يُحد القاذفُ أولى.

---

(١) أثبتناها بهذا الشكل، والرسم يحتمل أن تكون (منقضية)، فلينظر

(٢) فِي ب: وطئها

٥٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ سَرَقَ سَرِقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ فَرَفَعَهُ أَحَدُهُم فَقطَعَ لَهُ؛ كَانَ القَطْعُ لِلسَّرِقَاتِ كُلِّهَا، وَلَا يَضْمَنُ شَـيْئاً مِنْ السَّرِقَاتِ كُلِّهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَضْمَنُ السَّرِقَاتِ كُلَّهَا، إِلَّا الَّتِي قُطِعَ فِيهَا.

احتجا: بأَنَّ القطع لَا يجب وَلَا يسـتوفيا إِلَّا بخصومة، وَلَيْسَ بعضهم بنائبٍ عن البعـض فِي الخصومة، فَلَا يقع القطع عمن لَمْ يخاصـم، فبقي ماله مضموناً، ولأَبِـي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ هَذَا القطع وقع عن السـرقات كلهـا، فبطل ضمانها كما لو خاصمـوا جَمِيْعاً، وَإِنَّمَا قلنا هَـذَا لِأَنَّ القطع[١] واجبٌ لله تَعَالَـى لَا للعباد، وَإِنَّمَا شرطنا الخصومة لثبوت السبب عند القَاضِي ليصح التكليف.

فأمَّـا فِـي الحقيقة الحدُّ واجـبٌ بالْجِنَايَة لَا بالحجة، فَـإِذَا قامت الحجة من وَاحِـدٍ فَقَـدْ صحَّ التكليف، والحـدود واجبةٌ كلهـا فتداخلت، فَلَمْ يجـب لَهَا إِلَّا [حدٌّ][٢] واحدٌ، وَقَدْ صحَّ التكليف فوقع الاستيفاء للكل.

قالا: الخصومة شـرطٌ ليصير الخصم باذلاً للمال، وَلَا يصح البذل من وَاحِدٍ عن الكل.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: إِنَّمَا التسليم أمرٌ شرعيٌ وجب بناءً عَلَى قيام حق الشرع لَا باختيارٍ من العَبْد.

---

(١) فِي ب: الحد

(٢) فِي ب

أَلَا تَرَى أَنَّ الأب والوصي ومن يَمْلِك البذل، ومن لَا يَمْلِك البذل فِي ذَلِكَ سواءٌ؟

٥٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ قُذِفَ غَيرَ مَرَّةٍ فَضُرِبَ الحَدَّ [مَرةً][١]. قَالَ: هَذَا الحَدُّ لَذِلِكَ كلِّهِ، وَكَذَلِكَ الزِّنَا وَشُرْبُ الخَمْرِ.

وحاصله: أنَّ الحدود الواجبة بسبب تعدد القذف لمقذوفٍ وَاحِدٍ أَوْ لجماعة يتداخل عندنا لما عرف أنَّ المغلب فِيهِ حق الله تَعَالَى عندنا، وَكَذَلِكَ سائر الحدود، وَهَذَا لِأَنَّ المقصود بالكل واحدٌ فتتمكن بسبب حصول المقصود شبهةُ عدم الفائدة فِيمَا زَادَ عَلَى الواحد فيبطل، وعند الشافعي ﷺ: إن قذف واحداً ثُمَّ قذفه بِذَلِكَ الزنا[٢] لَمْ يحد إِلَّا واحداً، فَإِذَا قذفه بزناً آخر، أَوْ قذفِ غيره فَلَا بُدَّ من حدٍّ آخرِ.

ومسألة حدِّ شرب الخمر من الخواص.

٥٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلَيْنِ أَقَرَا أَنَّهُمَا سَرَقَا مِائَةَ دِرْهَمٍ، ثُمَّ إِنَّ أَحَدَهُمَا قَالَ: إِنَّهُ مَالِي؛ قَالَ: أَدْرَأُ عَنْهُمَا الحَدَّ جَمِيْعَاً.

لِأَنَّ السرقة ثبتت بإقرارهما، فَإِذَا رَجَعَ أحدهما بطل الحدُّ، فأورث شبهة فِي حق الآخر بحكم الشَّرِكَة بخلاف ما إِذَا لَمْ يُقرَّ فِي الابتداء لَكِنَّهُ قَالَ: هُوَ مالي، لِأَنَّ السرقة عدمت فِي حقه، والعدم لَا يصلح شبهةً.

---

(١) فِي ب

(٢) بمعنى أنه قذفه أولاً ثم كرر قذفه بنفس الزنا الأَوَّل لَمْ يحد إِلَّا مرة.

٥٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ لِرَجُلٍ فِي يَدِهِ عَشَرَةُ دَرَاهِـمَ أَقَرَّ أَنَّهُ سَرَقَهَا مِنْ هَـذَا الرَّجُل، وَقَالَ الْمَوْلَى هَذِهِ دَرَاهِـمِي؛ قَالَ: أَقْطَعُهُ، وَأَدْفَعُ الدَّرَاهِمِ إِلَى الَّذِي أَقَرَّ بِهَا لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: أَقْطَعُهُ وَأَدْفَعُ الدَّرَاهِمِ إِلَى الْمَوْلَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لَا أَقْطَعُهُ، وَأَدْفَعُ الدَّرَاهِمَ إِلَى الْمَوْلَى، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرُ ﵀.

هَـذَا جوابه فِي المجحـود والمقَرُ بِهِ قائمٌ، فأمَّـا إِذَا كَانَ المقَر بِهِ هالكاً صحّ الإقرارُ بالحدِّ فِي قول أصحابنا ﵏ جَمِيْعَاً، وإِنْ كَانَ العَبْد مأذوناً صحَّ الإقرار فِي قَوَلَهُمْ جَمِيْعَاً بالحدِّ والمال مَعَاً.

وأصله: أنَّ إقرار العَبْد بالحدِّ والقصاص صحيح فِي الأصل عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﵀: هُوَ باطلٌ، لِأَنَّهُ يوجب استحقاقاً فِي رقبته عَلَى مَـوْلَاهُ، ولأصحابنا ﵏: أنَّ الإقـرار من العَبْد توبةٌ، والتائب توبته[1] عَلَيْهِ خاصة، وَإِنَّمَا يفوت حق الْمَوْلَى تبعاً وحكماً لاستيفائه.

فأمَّـا إِذَا أَقَرَّ بسـرقة مالٍ قائم بِعَيْنِهِ وكذبه الْمَوْلَـى وصدَّقه المقرُ لَهُ، فإِنْ كَانَ مأذوناً صحَّ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عند الانفراد صحيحٌ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجتمعا.

فأمَّا إِذَا كَانَ مجحوداً صحَّ بالأمرين جَمِيْعَاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﵀: صحَّ بالقطع، والمالُ لِلمَوْلَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لَا يصح بواحدٍ مِنْهُمَا.

وجه قول محمَّد ﵀: أنَّ الْمَال أصلٌ فِي هَذَا البَابِ، حَتَّى أنَّ القطع لَا يجب

(١) فِي أ: بِهِ

إِلَّا بالْجِنَايَـة عَلَى مالٍ كاملٍ، وحَتَّى أَنَّ خصومة الخصم إِنَّمَا تصح فِي الْمَال، وَإِذا كَانَ أصلاً فالأصل لَا يثبت من المجحود فَلَمْ يثبت ما هُوَ بناءٌ عَلَيْهِ.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ الإقرار بالشيء إِنَّمَا يلاقي بقاءه.

أَلَا تَرَى أَنَّ إقرار الزوجين بالنكاح صحيحٌ مِنْ غَيْرِ شهادةٍ، والقطع فِي البقاء أصلٌ، والمال تابعٌ [لَهُ][(١)].

أَلَا تَـرَى أَنَّ القطـع مَتَـى وجب بطلت عصمـة الْمَال؟ والعبد أهـلٌ لما هُوَ الأصل، فلو أبطلناه لجعلنا الْمَال فِي البقاء أصلاً وَهُوَ باطلٌ.

وجه قول أَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أَنَّ القطع أصلٌ عَلَى مـا قلنا، وَلَيْسَ من ضرورة القطع أن يثبت الْمَال للمسروق مِنْهُ فِي الحكم.

أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلاً لو قَالَ: سـرقت هَذَا الثـوب الَّذِي فِي يَدِ زيد من عمرو أَنَّهُ يقطع؟

وَلَا يثبت الثوب للمقَّر لَهُ ولأنَّ المقِّر يصدق فِي حق نفســه ويجعل فِي حقه الْمَال مسـروقاً، وَهُوَ كبعض شـهود الزنـا إِذَا رجعوا أَنَّ المرجـوم فِي حقه جَعَلَ مظلومـاً، وَفِي حق الباقين [جَعَلَ][(٢)] محدوداً بالرجم، فَكَذَلِكَ ههنا، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الإقـرار بالقطـع لما صـحَّ بكونه أصلاً يتبعـه ما كَانَ مـن ضروراته تبعاً، وضـرورة القطع أَنْ يَكُونَ الْمَال ملكاً لغير الْمَوْلَى فثبت ما كَانَ من ضروراته تبعاً، كامـرأةٍ مجهولة النَّسـب أقرت أَنَّها بنت أب زوجها، فصدقهـا المقر لَهُ أَنَّ النكاح يبطل لما قلنا، وَلَيْسَ كإقراره بسرقةِ مالٍ فِي يَدِ زيد من عمرو، لِأَنَّهُ يجوز أَنْ يَكُونَ

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

مال صاحب اليد وَدِيعَةً عند المقَّر لَهُ، والسارق من المودع مقطوعٌ، وَإِذا ثبت أَنَّهُ غير مسروق فِي حق الْمَوْلَى صَارَ ذَلِكَ شبهةً، فوجب درء الحد بِهِ، بخلاف مسألة حد القذف لِأَنَّ كونه مرجوماً مِنْ وَجْهٍ دون وجه يوجب شبهة أَيْضاً، إِلَّا أَنَّ حدَّ القذف دون الحدِّ الخالص فَلَا يسقط بمثل هَذِهِ الشبهة.

٥٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ سَرَقَ سَرِقَةً فَقَضَى عَلَيْهِ القَاضِي بِالقَطْعِ، ثُمَّ وَهَبَ رَبُّ السَّرِقَةِ السَّرِقَةَ لِلسَّارِقِ؛ قَالَ: يُدْرَأُ عَنْهُ الحَدُّ(١).

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَقَالَ الشافعي رحمه الله: لَا يبطل القطع، لِأَنَّ الحد وجب بقضاء القَاضِي لوجود شرطه وَهُوَ الخصومة وثبت بسببه، فالمعترض بعده إِنَّمَا يكون أثره فِي الإسقاط، والحدُّ بعد وجوبه لَا يحتمل السقوط بخلاف إقرار المسروق مِنْهُ لِلسَّارِقِ بالمال، لِأَنَّ ذَلِكَ يحتمل قيام المِلك يوم السرقة، فصارت شبهة.

فأمَّا ههنا فإنَّما ملكه بسببٍ عارضٍ.

ولأصحابنا: أنَّ مِلك السَّارِق للمسروق حصل قبل استيفاء الحدِّ، فيبطل الحدُّ، كما لو أَقَرَّ بِهِ لَهُ، وتحقيق ذَلِكَ: أنَّ المِلك مختلفٌ لِلسَّارِقِ لاختلاف سببه، إِلَّا أنَّ المحل واحدٌ، وَقَدْ أنزل الشرع العين الواحدة عند اختلاف المِلك منزلة عينين، فاتحاد العين لأن تجعل المِلك المختلف بِمَنْزِلَةِ اتحاد الملك أولى، فثبت

---

(١) فِي ب: القطع

للمِلك الحادث مع مِلك المسروق شبهة الاتحاد، فَصَارَ كَانَ المِلك لَهُ يومُ السرقة، ولأنَّ الإمضاء هُوَ المقصود بالحدود فيشترط قيام الحجة بشروطها عنده.

ولما صَارَ الإمضاء من القضاء شرطنا عند الإمضاء قيام الحجة بشروطها اعتباراً بالقضاء كأنَّه هُوَ.

ومعنى المسألة أَنَّهُ وهب وسلَّم.

٥٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ زَنَى بِجَارِيَةٍ لِرَجُلٍ فَقَتَلَهَا؛ قَالَ: يَضْمَنُ القِيمَةَ، وَيُقَامُ عَلَيْهِ الحَدَّ لِأَنَّهُ جَنَى جِنَايَتَيْنِ فَلَزِمَهُ جَزَاؤُهُمَا. وَوجُوبُ ضَمَانِ القِيمَةِ لَا يَمْنَعُ الحَدَّ، لِأَنَّ ضَمَانَ القَتْلِ لَا يُوجِبُ المِلكِ، وَلَيْسَ بِمَشْرُوعٍ لِلمِلْكِ لِيَصِيرَ صورَتُهُ شُبْهَةً.

[بَابٌ فِي القَذْفِ]

٥٣٧- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي امرأةٍ تَقدُم مِنْ بَعْضِ البُلْدَانِ وَمَعَهَا أَوْلَادٌ لَا يُعرَفُ لَهُم أَبٌ، فَقَالَ لَهَا رَجُلٌ يَا زَانِية، قَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَإِنَّمَا لَمْ يجب الحد لقيام شبهة الزنا، لِأَنَّ الْوَلَد الَّذِي لَيْسَ لَهُ أبٌ ظاهرٌ أمارة الزنا، فَصَارَ شبهةً.

٥٣٨- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ فِي رَجُلٍ لَاعَنَ امْرَأَتَهُ بِـوَلَدٍ ثُمَّ قَذَفَهَا إِنْسَـانٌ، [قَالَ][1]: لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وإِنْ كَانَ قَذَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ الْوَلَدَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ أَيْضَاً، وإِنْ كَانَ لَاعَنَهَا بِغَيْرِ وَلَدٍ فَقَذَفَهَا إِنْسَانٌ، فعَلَيْهِ الحَدُّ.

أَمَّا فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى: فَلَمَّا قلنا إنَّ علامة الزنـا موجودة، وَهُوَ قيام ولدٍ لَا أب لَـهُ فَصَارَ شـبهة، وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ الْوَلَد لِأَنَّ هَـذَا المعنى بالموت لَمْ يزل [بَلْ يعـود بالمـوت، لِأَنَّ التصديق بعد الموت لَا يصح، حَتَّى لو أكذب نفسـه لَا يثبت النسب بعد ذَلِكَ][2]، وموت الْوَلَد من الخواص.

وَأَمَّـا اللعـان بِغَيْرِ ولدٍ إِنَّمَا شُـرع قائماً مقام حدِّ القذف مـن جانب الزَّوْج فَصَـارَ مؤكداً للعفة ودافعاً للعار، فَصَارَ إيجاب حـد القذف فِي هَذَا اولى، وَقَالَ

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي أربعةٍ شـهدوا عَلَى امرأةٍ بالزنا، فنظروا إليها فَإِذَا هِيَ بكر، قَالَ: يُدرأ عَنْهَا الحدُّ، وعَنْ الشُّهُودِ.

معنـى هَذِهِ المسـألة [إِذَا][1] نظـر إليها النِّسَـاء، وَإِنَّمَا لَمْ يجـب الحدُّ عَلَى المشهود عَلَيْهِ، لِأَنَّ شهادة النِّسَاء بالبكارة أوجبت شبهة قيام البكارة، وَذَلِكَ ينافي الزنا لو ثبتت حقيقته، فَصَارَ شبهته شبهةً أَيْضاً، وَأَمَّا الشهود فَلَا يحدون، لِأَنَّ قولَ النِّسَاء لَيْسَ بحجةٍ مطلقةٍ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ قولَهُـن لَا يتعدى عن الَّـذِي لَا يطلع عَلَيْهِ الرِّجَـال وَإِنَ لَمْ يَكُنْ حداً؟ فلأن لَا يتعدى إِلَى الحد بالإيجاب أولى.

٥٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَـةٍ بِالزِّنَـا عَلَى هَذَا الرَّجُل بِهَذِهِ الْمَـرْأَةِ؛ قَالَ: لَا تَجُوزُ شَـهَادَتُهم. فَإِنْ جَاءَ الأَرْبَعَةُ فَشَهِدُوا عَلَى الْمُعَاينَةِ بِالزِّنَا فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ، قَالَ: لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُم.

أَمَّا شهادة الفروع فإنَّما لَمْ تقبل لما عرف أنَّ فِي الشهادة عَلَى الشهادة زيادة شبهة يمكـن الاحتراز عَنْهَا فِي الجملة، وَهُوَ تمكن شـبهة الكـذب فِي موضعين، فأوجب ذَلِكَ شبهةً فِي الحدِّ وَلَا حدَّ عَلَيْهِم، لأَنَّهم حكوا قذف غيرهم، ولأنَّ قيام الحجة صَارَ شـبهة، وَأَمَّا الأولون إِذَا حضروا فشهدوا بِذَلِكَ بِعَيْنِهِ لَمْ يقبل أَيْضاً، لِأَنَّ الفروع نقلوا شهادة الأصول فَصَارَ رد شهادتهم رداً لشهادة الأصول مِنْ وَجْهٍ فَصَارَ ذَلِكَ شبهة فِي شهادتهم فِي حق الحدِّ، وقولَهُ: (فِي ذَلِكَ المكان) يريد بِهِ ذَلِكَ الزنا بِعَيْنِهِ.

---

(١) فِي ب

٥٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي خَمْسَةٍ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالرَّجْمِ، فَرُجِمَ ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ ثُمَّ [رَجَعَ][1] آخَرُ؛ قَالَ: يُغَرَّمَانِ رُبعَ الدِّيَة، وَيُضْرَبَانِ الحَدَّ.

والأصل فِيهِ أنَّ المعتبر فِي رجوع الشهود بقاء من بقي، لِأَنَّ الثابت بعلته لَا يتصور تالفاً فيبطل بِهِ أثر جناية الراجع، وههنا إِذَا رَجَعَ واحدٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لبقاء الحجة الكاملة، وَإِنَ رَجَعَ آخرُ كَانَ عَلَيْهِما الربع، لِأَنَّ الثابت ثَلَاثَة أرباع الحق ببقاء الثلاثة عَلَى الشهادة، لِأَنَّ كمال العدد لَيْسَ بشرط للبقاء بَلْ يبقى بكل رجلٍ قسطه، فَصَارَ عَلَيْهِما الربع وعَلَيْهِما الحدُّ، لِأَنَّ القضاء انفسخ فِي حقهما وَلَمْ يبقَ حجةً كاملةً، فَكَانَ عَلَيْهِما الحدُّ، والحدُّ لَا يتجزأُ فوجب حدٌّ كاملٌ عَلَى كل وَاحِدٍ.

٥٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الإِمَامِ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ إِذَا صَنَعَ شَيْئاً يَجِبُ فِيهِ الحَدُّ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ. وَأَمَّا القِصَاصُ وَالْمَالُ فَإِنَّهُ يُؤخَذَ بِهِ.

لِأَنَّ الحدَّ إِنَّمَا يُكلف إقامته إمام الْمُسْلِمِينَ عَلَى سبيل القربة والطاعة، وَأَمَّا الجاني فَلَا يصح تكليفه ليحدَّ نفسه، وَلَيْسَ لأحدٍ عَلَى الإمام الأعظم ولايةٌ ليكلف إقامة الحدِّ فبطل الأمر بِهِ.

---

(١) فِي ب

وَأَمَّـا القصاص فمن حقوق الناس لَكِنَّهُ يفتقر إِلَى المنعة، ولكل مسـلمٍ منعة الْمُسْلِمِينَ، فملك استيفاءه، والمال يخلُص لَهُ.

٥٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ عُمْيَان شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا؛ [قَالَ][١]: يُضْرَبُونَ الحَدَّ. وَكَذَلِكَ إِنْ كَانُوا مَحْدُودِينَ فِي القَذْفِ.

وأصله أنَّ الشهود أنواعٌ:

[الْأَوَّل][٢] نوعٌ كامل الشـهادة وجوداً وأداءً جَمِيْعَـاً، والثاني: كامل الحال، وكامل الشهادة وجوداً، لكنَّ فِي أدائه شبهةً وخللاً، و[الثالث][٣] نوعٌ هُوَ من أَهْل الشهادة وجوداً لَكِنَّهُ لَا أداء لَهُ.

فالنوع الْأَوَّل: الحرُّ العدل البالغ كامل الشهادة من كل وجهٍ.

والثاني: الفاسق من أَهْل الشهادة عندنا، ومن أَهْل الأداء، لكنَّ فِي أدائه خللاً وشبهةً.

والثالث: المحدود فِي القذف.

والأعمى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من أَهْل الشـهادة، إِلَّا أَنَّهُ لَا أداءَ للأعمى لعدم آلة التمييـز، وَلَا أداء للمحـدود لِأَنَّ الإمام قَدْ رده عَلَيْهِ حين حده، وَلَهُذا اسـتووا فِي انعقاد النكاح لِأَنَّهُ غير مفتقرٍ إِلَى الأداء، وسقوط الحدِّ عَنْ الشُّهُودِ ههنا يعتمد قيامَ

---

(١) فِي ب

(٢) الإضافة مني

(٣) الإضافة مني

أداءٍ متعدٍ إِلَى المشــهود عَلَيْهِ ليبطل بِهِ حدَّ القذف، وَقَدْ وجد ذَلِكَ فِي الفاسق لِأَنَّ لَـهُ أداءٌ، لَكِنَّهُ متهــمٌ، فلقيام الأداء لَمْ يجب عَلَيْهِم الحد إِذَا شــهدوا بالزنا، ولقيام التهمة سـقط الحدُّ عن المشــهود عَلَيْهِ، وَلَا أداء للعميان وللمحدودين، فَلَمْ يتعد إِلَى المشــهود عَلَيْهِ بوجه، فقلنا: إنَّهم يحدون بِمَنْزِلَـةِ العبيد، لِأَنَّ هَذَا حكمٌ يفتقر إِلَى الأداء، فمن لَا أداء لَهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ من لَا شهادة لَهُ أصلاً.

٥٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِيمَنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنْ الرَّضَاعَةِ؛ قَالَ: يُقْطَعُ.

لِأَنَّ الحدَّ إِنَّمَا يبطل لشبهة فِي الْمَال أَوْ فِي الحرز، وَلَمْ يثبت، لِأَنَّ الرضاع لَا يتعلق بِهِ وجوب صلة، وَلَا استحقاق حقٍ فِي الْمَال، وَلَا فِي الحرز.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يجب بالرضاع ميراثٌ وَلَا عتقٌ؟

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي أربعةٍ شهدوا [عَلَى رجلٍ][1] بالزنا بامرأةٍ غائبةٍ، قَـالَ: يحدُّ، لِأَنَّ ماعزاً[2] أَقَـرَّ بالزنا بامرأةٍ غائبةٍ، وَقَدْ أَمَرَ رسـول الله ﷺ برجمه،

---

(١) فِي ب

(٢) حديث ماعز: عنْ عكرمةَ، أنَّ ماعزا أتى النَبيَّ ﷺ فقالَ لهُ: إني زنيتُ فأعرضَ عنهُ فقالها: مـرارا فقالَ لهُ: «أنكحتَ؟» قَالَ: نَعَمْ، فسـألَ عنـهُ قومهُ «أبهِ بأسٌ؟ أبهِ مـسٌّ؟» قالوا: لَا، فرجمهُ رسولُ اللهِ ﷺ.

رواه أبـو داود برقم ٤٣٧٧/ ، والنسـائي برقم/ ٧١٣٢/ واللفظ لَـهُ، والطبراني فِي الكبير برقـم/ ١٩٦٧/ ، والحاكـم فِي المسـتدرك برقـم/ ٨٠٧٧/ ، والبيهقي فِـي الكبرى برقم /١٦٩٩٤/

وَلَمْ يعتبر غيبة الْمَرْأَة شبهةً، وَهَذَا لِأَنَّ غيبتها تعدم خصومتها، والخصومة فِي هَذَا لَيْسَتْ بشرطٍ، ويوجب توهم دعوى نكاح، أَوْ ما أشبه ذَلِكَ مِنْهَا، والحدُّ إِنَّمَا يسقط بتهمةٍ قائمةٍ، لَا بتهمة تحتمل أن يوجد، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٥٤٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ، وَفُلَانٌ غَائِبٌ؛ قَالَ: لَا يُقْطَعُ.

لِأَنَّ الدَّعْوَى والخصومة شرطٌ لثبوت السرقة، لِأَنَّ ذَلِكَ حقٌّ خالصٌ للعباد، فَإِذَا لَمْ توجد الخصومة لَمْ تقبل.

٥٤٥- وَقَالَ فِي أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ وَهُم لَا يَعْرِفُونَهَا، قَالَ: لَا تُحَدُّ. وَلَوْ أَقَرَّ هُوَ بِالزِّنَا بِامَرَأَةٍ، وَهُوَ لَمْ يُخْبِرْ بِامَرَأَةٍ بِعَيْنِهَا، قَالَ: يُحَدُّ.

لِأَنَّ الشهود إِذَا لَمْ يعرفوها، فالظاهر أَنَّها امرأته، فأَمَّا هُوَ فَلَا يخفى عَلَيْهِ، فَلَا يتهم فِي إقراره.

وَقَالَ فِي المرجومة: إن شئتَ حفرتَ لَهَا حين ترجمها، وَإِنَ شئت لَمْ تحفر لَهَا، وَأَمَّا المرجوم فَلَا يحفر لَهُ.

أراد بالمرجوم والمرجومة الَّذِي استوجب الرجم والتي استوجبته، والحفر لَيسَ بسنةٍ فِي الرِّجَال.

أَلَا تَرَى أَنَّ ماعزاً حين رُجم لَمْ يحفر لَهُ، وَلَا ربط، وَلَا أُمسك، بَلْ كَانَ مطلقاً؟ حَتَّى هرب من أرضٍ قليلة الحجارة إِلَى أرضٍ كثيرة الحجارة، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بعورةٍ، وَأَمَّا الْمَرْأَة فإن حفر لَهَا فحسنٌ، وَإِنَ ترك فحسنٌ، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي

حديث أُنَيْسٍ ﵁: (اغْدُ يَا أُنَيسُ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا)[1]، وَلَمْ يأمره بالحفر، وَقَدْ روي عن علي ﵁ أَنَّهُ حفر لشُراحة الهَمْدانية[2] إِلَى السُرة فثبت أَنَّ كل ذَلِكَ واسعٌ، ولأَنَّها مستورة بثيابها، فَلَا يجب الحفر، ولاحتمال كشف العورة الاحتياط حسنٌ أَيْضاً.

٥٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵏ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ امْرَأَةٌ جَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَقَالَ: لَيْسَ هُوَ بِابْنِي، ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي؛ قَالَ: يُضْرَبُ الحَدَّ، وَإِنْ قَالَ: هُوَ ابْنِي، ثُمَّ قَالَ: لَيْسَ بِابْنِي، قَالَ: يُلَاعَنُ، وَالوَلَدُ وَلَدُهُ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ بِابْنِي وَلَا ابْنُكِ، فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ.

أَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَقَدْ بغى فوجب اللعان، فَلَمَّا أكذب نفسه بطل اللعان، وَإِذا بطل اللعان وجب الحدُّ، لِأَنَّ اللعان حدٌّ ضروريٌّ صير إِلَيْهِ عند الكاذب.

والأصل هُوَ الحدُّ، فَإِذَا بطل الكاذب بطل اللعان، فصير إِلَى الحدِّ، وَأَمَّا إِذَا قَالَ هُوَ ابني فَقَدْ لزمه النسب، فَلَمَّا قَالَ لَيْسَ بابني وجب اللعان، إِلَّا أَنَّ النَّسب لَا يُقطع لإقراره الماضي، وَلَيْسَ من ضرورة اللعان قطع النَّسب.

أَلَا تَرَى أَنَّ اللعان مشروعٌ بِغَيْرِ ولدٍ أصلاً، وَإِذا تطاولت المدة حَتَّى تعذر قطع النسب، وجب اللعان مع قيام النسب، وَإِذا قَالَ: (لَيْسَ بابني وَلَا ابنك) فَقَدْ

---

(١) الحديث بتمامه رواه البخاري برقم/ ٢٥٧٥/، وابن حبان برقم/ ٤٤٣٧/، والترمذي برقم/ ١٤٢٩/، والنسائي برقم/ ٥٩٧٠/، وغيرهم.

(٢) حديث رجم شراحة الهمدانية رواه أحمد برقم/ ١١٨٥/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٦٦٢٢/، وعبد الرزاق برقم/ ٦٦٢٦/.

أنكـر الـولادة أصلاً، وَذَلِكَ بَعدم الزنا أصلاً، فَلَا يكـون قذفاً، فَلَمْ يجب بِهِ حدٌّ وَلَا لعانٌ.

[مطلب: في السكر الذي يوجب الحد]

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي السكر الَّذِي يجب بِهِ الحد: أن لَا يعقل قليلاً وَلَا كثيراً، وَلَا يَعقل الْمَرْأَة من الرَّجُل.

وَقَدْ اختلف فِي تفسـير السُـكرَ الكامل، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ ما حكاه عَنْهُ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ ههنـا، وَهُوَ المتناهي فِي أنواعـه، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: أن يهذيَ ويختلـط كلامه فَلَا يصيب كلاماً وَلَا يُقيم منطقـاً، وَهُوَ المذكور فِي كِتَاب الأشربة، وَقَالَ بعضهـم: يُستقرأ ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ﴾[1] فإن عجز فَهُوَ السكر، وَإِنَّمَـا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّ بعض الصحابة أمَّ الناس فِـي [صَلَاة][2] الْمَغْرِب قبل تحريم وَهُوَ سـكرانُ فقرأ ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ فَقَالَ: «أعبد ما تعبدون» مكان ﴿لَآ أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ﴾[3]، فنـزل ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النِّسَـاء: ٤٣]، وَهَذَا مِمَّا يتعذر عَلَى الصاحي خصوصاً فِي أَهْل الفسـق فكيف فِي السكارى؟

وقيل يسـتقرأ الْفَاتِحَة، وَقَالَ الشـافعي ﷺ: إِذَا ظهر أثره فِي مشـيته وأطرافه وحركاته فَهُوَ السُكرُ، أَمَّا الَّذِي قَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ فَهُوَ المعتاد المتعارف، وَأَمَّـا الَّذِي قاله الشـافعي ﷺ فأمرٌ لَا ثبات لَهُ، وَأَمَّا الَّذِي قالـه أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ فَهُوَ

---

(١) الآية رقم/ ١/ من سورة الكافرون.

(٢) فِي ب.

(٣) الآية رقم/ ٢/ من سورة الكافرون.

الاحتياط، لِأَنَّهُ سبب العقوبة، فيشترط أقصاه ونهايته.

٥٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ فِي الغَضْبِ: لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ، لِأَبيهِ الَّذِي يُدْعَى إِلَيْهِ؛ قَالَ: عَلَيْهِ الحَدُّ، وَإِنْ قَالَ: هَذَا غَيرَ غَضْبَانَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الحَدُّ.

التقييد بالغضب فِي هَذَا من الخواص، ووجه ذَلِكَ: أَنَّ هَذَا الكلام فِي حال الغضب والسباب إِنَّمَا يراد بِهِ القذف وَهُوَ حقيقته، فَصَارَ صريحاً فِي الباب، وَأَمَّا فِي غَيْرِ [حال][1] الغضب فَقَدْ يُراد بِهِ المعاتبة والملامة، أي أنت لَا تشبهه فِي أسباب المروءة ومحاسن الأخلاق، قَالَ: وَلَوْ قَالَ لرجل: (أنت ابنُ فلان لعمه) أَوْ (لخاله) أَوْ (لزوج أمه) فَلَا حدَّ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ: (لست بابنِ فلان) أي لجده فَلَا حدَّ عَلَيْهِ، لِأَنَّ العم قَدْ سمي أباً مجازاً، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣]، وإسماعيل عمه، [والخال يسمى أباً][2] والخالة تسمى أمًّا أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ تَعَالَى: ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيۡهِ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ﴾ [يُوسُفَ: ١٠٠]، قيل إِنَّها كَانَتْ خالته، وَكَذَلِكَ زوج الأم بِمَنْزِلَةِ الأب فِي حق التربية، وَقَدْ قيل فِي قولَهُ ﴿إِنَّ ٱبۡنِي مِنۡ أَهۡلِي﴾ [هود: ٤٥]، أَنَّهُ كَانَ ابن امرأته، والنفي عن الجدِّ لَا يوجب الحدَّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بأبٍ لَهُ عَلَى التحقيق، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يقال: جدُّ فلان، وَلَيْسَ بأب لَهُ؟

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

[مطلب: فيمن قال لرجل يا زاني أو لامرأة يازانية]

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رَجُلٍ قَالَ لرجل: (يا زاني) فَقَالَ الرَّجُل: (لَا بَلْ أنت) قَالَ: عَلَيْهِما الحد، لِأَنَّ الْأَوَّل قذف الثَّانِي، والثاني قذفه أَيْضاً بقولَهُ: (بَلْ أنت) لِأَنَّ كلمة (بَلْ) لإثبات ما بعدها، يقول جاءني زيد بَلْ عمرو، فيصير المجيء مذكوراً فِي حق عمرو لغةً، وَقَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأتِهِ: يا زانية، فَقَالَتْ: زنيتُ بك، قَالَ: لَا حدَّ وَلَا لعان، لِأَنَّ قولَهُا: (زنيت بك) يجوز أَنْ يَكُونَ عَلَى حقيقته تريد بِهِ قبل النكاح، وَعَلَى هَذَا الوجه يبطل عَنْهُ اللعان، لِأَنَّهَا صدقته، ويجب عَلَيْهَا الحدُّ، ويحتمل أنها أرادت أن زنائي ما كَانَ معك فِي النكاح، وَهَذَا متعارفٌ فِي مثل هَذَا الموضع، فيجب عَلَيْهِ اللعان عَلَى هَذَا الوجه، وَلَا حدَّ عَلَيْهَا، فوقع الشك فِي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فبطلا.

٥٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقْذِفُ الرَّجُل وَهُوَ مَيِّتٍ؛ قَالَ: لَا يُأْخَذُ بِالحَدِّ إِلَّا الوَالِدُ وَالوَلَدُ.

لما قلنا أَنَّهُ لَا يؤخذ بطريق الإرث، لكن بطريق الأصل كَانَ الحي هُوَ المقذوف، وَإِنَّمَا يصير مقذوفاً لاتصال العار بِهِ، وَإِنَّمَا يتصل ممن كَانَ من جنس الْوَلَد أَوْ الوالد، فأَمَّا سائرهم فَلَا، لأَنهم صاروا بِمَنْزِلَةِ شيءٍ وَاحِدٍ، وَلَهُذا اقتصرت حرمة المصاهرة عَلَى هؤلاء.

٥٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ خَنَقَ رَجُلاً بِمَخْنَقَةِ خنَّاقٍ حَتَّى قَتَلَهُ؛ قَالَ: الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

فإن وجد وَقَدْ خنق مرةً فِي المصر وَفِي غَيْرِ المصر، فللإمام أن يقتله، ومخنقة الخناق هِيَ الوتر وَمَا يجري مجراه، وَلَيْسَ ذَلِكَ بشرطٍ، ولكنَّه بنى عَلَى العادة، وَلَمْ يوجب القَوَدَ، وَذَلِكَ قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، فأمَّا عندهما ففيه القَوَدُ إِذَا كَانَ لَا يُعاش من مثله، وَهُوَ الظاهر فِي مخنقة الخناق، فإن خنقه بِغَيْرِ ذَلِكَ فَكَذَلِكَ جوابه، فأمَّا إِذَا كَانَ قَدْ اعتاد ذَلِكَ، فللإمام أن يقتله سياسةً لسعيه بالفساد، لما روي أنَّ أالنَّبي ﷺ أَمَرَ بأن يرضح رأس ذَلِكَ اليهودي بين حجرين، وَقَدْ كَانَ اعتاد قتل بنات الْمُسْلِمِينَ، وأخذ أوضاحهين، فثبت أن قتل مثله سياسةً واجبٌ، وذكر المخنقة من الخواص.

وأراد بِهَا أنَّ القصاص لَا يجب مع ذَلِكَ، وذكر المصر وغيره من الخواص أَيْضاً.

٥٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الإِمَامِ إِذَا قَالَ لِلحَدَّادِ: اقْطَعْ يَمِينَ هَذَا فِي سَرِقَةٍ سَرَقَهَا فَقَطَعَ الحَدَّادُ يَسَارَهُ عَمْداً؛ قَالَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَقَالَ يَعْقُوبُ(١) وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إِنْ كَانَ هَذَا خَطَأً مِنْهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وإِنْ كَانَ عَمْداً ضَمِنَ.

أَمَّا فِي الخطأ فَلَا يضمن عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، قَالَ: لِأَنَّ الخطأ غير موضوع فِي حق العباد، ولنا: أنَّ خطأ المجتهد موضوعٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَهَذَا موضع الاجتهاد لِأَنَّ ظاهر النص يوجب التسوية بين الْيَمِين واليسارِ، فَإِذَا قطع اليسار خطأً مِنْهُ أي

(١) فِي ب: أَبُو يُوسُفَ.

خطأً مِنْهُ فِي اجتهاده لَا خطأً فِي معرفته باليمين واليســار، فإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بعفوٍ كَانَ معــذوراً[١]، وَأَمَّا إِذَا تعمــد ضَمِنَ عندهما، لِأَنَّ المجتهــد لَا يُعذر فِي عمد الظلم وقصده، كالقَاضِي إِذَا تعمد الجور، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ أخلفه ما هُوَ خيرٌ لَهُ، فَلَا يضمن شَيْئاً، كشاهدين شــهدا بِبَيْعِ عبدٍ بألفين، وقيمته ألفٌ، ثُمَّ رجعا بعد القضاء لَمْ يضمنا شَيْئاً، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ يساره لمَّا قطعت سلمت يمينه.

وَإِنَّ قطــع أَجْنَبِيّ يســاره لَمْ يَضْمَنْ شَــيْئاً أَيْضاً لهذه النكتــة، وَإِذا ثبت أَنَّهُ لَا يضمن وجب ضمان الْمَال [عَلَى السَّارِق][٢] إِنْ كَانَ [الْمَال][٣] هالكاً، لِأَنَّ يساره لَمْ تقع موقع الحدِّ، وَأَمَّا فِي الخطأ فعلى هَذَا الطَّرِيق يجب أن يضمن أَيْضاً، وَعَلَى طريق أَبِي يُوسُــفَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ الَّذِي قلنا إنَّ الضمان بطل بطريق الاجتهاد، يجب أن لَا يضمن، لِأَنَّ ذَلِكَ يقع موقع الحدِّ.

٥٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلَــيْنِ سَرَقَا سَرِقَةً وَغَابَ أَحَدُهُمَا، وَشَــهِدَ شَــاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتِهِمَا؛ قَالَ: يُقْطَعُ الحَاضِرُ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مرةً يَقُولُ: لَا يُقْطَعُ، وَأَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ بالقول الآخر.

وجه قولَهُ الْأَوَّل: أَنَّهُ يُتوهم اعتراض ما يوجب سقوط الحدِّ من جهته.

ووجه قولَهُ الآخر: أنَّ غيبة الغائب تمنع ثبوت السرقة عَلَيْهِ، والعدم لَا يصير

(١) أي لَيْسَ بعفوٍ يعذر صاحبه.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

شبهة، [أي فِي حق الآخر][1]، وَعَلَى اعتبار قيام سرقته فِي الباطن لَا يعتبر الموهوم بشبهةٍ أَيْضَاً، لِأَنَّ أالنَّبي ﷺ لَمْ يعتبر الشبهة الموهومة فِي حديث ماعزٍ من جهة الْمَرْأَة الغائبة، فثبت أنَّ الموهوم لَا يعتبر فِي درء الحدِّ[2].

(١) فِي ب.

(٢) فِي ب: الحدود.

[بَابُ الحَرْبِيِّ يَدْخُلُ بِأَمَانٍ مَتَى يَصِيرُ ذِمِّيّاً]

٥٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي حَرْبِيٍ دَخَلَ إِلَينَا[١] بِأَمَانٍ فَزَنَى بِذِمِّيةٍ؛ قَالَ: لَا يُحَدُّ الحَرْبِيُّ، وَتُحَدُّ الذِّمِّيةُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يُحَدَّانِ جَمِيْعاً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا. وَإِنَ دَخَلَتْ حَرْبِيةٌ بِأَمَانٍ، فَزَنَى بِهَا ذِمِّيٌّ، حُدَّ الذِّمِّيُ، وَلَمْ تُحَدَّ الحَرْبِيةُ عِنْدُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يُحَدَّانِ جَمِيْعاً، ويجب أَنْ يَكُونَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله فِي هَذَا مِثْلِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وأصل هَذَا شيئان:

أحدهما أنَّ الحربي المستأمن لَا يقام عَلَيْهِ شيءٌ من الحدود عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله إِلَّا حدُّ القذف، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: تُقام عَلَيْهِ الحدود كلها إِلَّا حدُّ الشرب مثل الذميِّ، وَهَذَا قولَهُ الآخر.

وجه قولَهُ: أَنَّهُ التزم أحكامنا مدة مقامه بدرانا فَصَارَ مثل الذميِّ، وَلَهُما: أَنَّهُ لَمْ يصر من أَهْل دارنا حَتَّى يُترك ليعود [إِلَى داره][٢]، وحَتَّى لَا يُقتلُ بِهِ الْمُسْلِم وَلَا الذميُّ، وَإِنَّمَا دَخَلَ ليقضي حوائجه، فإنَّما يُؤخذ بِمَا يتصل بحوائجه، أَوْ بِمَا يلزمه جزاء أذى الْمُسْلِمِينَ.

---

(١) فِي ب: دارنا.

(٢) فِي ب

والأصــل الثَّانِي: أنَّ الحــد مَتَى لَمْ يجب عَلَى الْمَرْأَة أصلاً وتعذر اســتيفاؤه لَــمْ يؤثر فِي حق الرَّجُل بِالْإِجْمَاعِ، فأمَّا الرَّجُــل إِذَا لَمْ ينعقد فعله موجباً لَمْ يجب عَلَيْهَا، وإِنْ كَانَ لَا مانع فِيهَا بلا خلافٍ بين أصحابنا ﷺ.

وَأَمَّــا إِذَا كَانَ فعل الرَّجُل موجباً لكن بطل الحد لمعنى، فَإِنَّهُ لَا يمنع وجوب الحدِّ عَلَى الْمَرْأَة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وعند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ يمنع.

نصُّ محمَّد ﷺ قولَهُ ههنا وَفِي كِتَاب الأصل، وأشار إِلَى ذَلِكَ فِي الأصل من قول أَبِي يُوسُــفَ ﷺ فَقَالَ فِي حربي مســتأمن زنى بذميةٍ أَوْ مسلمةٍ أنَّ عَلَى قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ الْأَوَّل: لَا يحدان، فَلَمَّا كَانَ قولَهُ الْأَوَّل أَنَّهُ لَا يحد مع قول محمَّــد ﷺ، فَقَدْ زعم أنَّ الْمَرْأَة لَا تحدُّ أَيْضَــاً، وَإِنَّمَا تبين الاختلاف فِي مكرهٍ زنــى بطائعةٍ، أَنَّهُ لَا يحــدُّ، وتحدُّ الْمَرْأَة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وعند أَبِي يُوسُــفَ ومحمَّد ﷺ لَا تحد.

وجه قولَهُما: إنَّ فعل الرَّجُل أصلٌ، فَإِذَا لَمْ يجب الحدُّ عَلَيْهِ لَمْ يجب عَلَيْهَا أَيْضَاً.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ التمكين من الزنا قَدْ وُجد، لِأَنَّ الرَّجُل مخاطبٌ بتحريم الزنا لكن الحكم امتنع لمانع، والْمَرْأَة تبعٌ فِي نفس الفعل دون حكم الفعل.

أَلَا تَــرَى أَنَّ الرَّجُل إِذَا لَــمْ يَكُنْ محصناً والْمَرْأَة محصنــة أَنَّهُ يحد[1] الرَّجُل وترجم الْمَرْأَة؟ وَلَا يصير ذَلِكَ شبهةً فِي حقها، والله أعلم.

٥٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُــوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُــلٍ أَقَرَّ بِالزِّنَا أَرْبَعَ

(١) فِي ب: يجلد

مَـرَّاتٍ فِي مَجَالِسَ بِفُلَانَةٍ، فَقَالَتْ الْمَـرْأَة: تَزوَجَنِي وَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ؛ وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّتْ هِيَ بِالزِّنَا وَقَالَ الرَّجُلُ: تَزَوجْتُهَا، فعَلَيْهِ الْمَهْرُ أَيْضَاً.

لِأَنَّ النـكاح مَتَى وُجد كَانَ قيامه بالطرفين أَيْضَـاً، فَإِذَا ادَّعَاهُ أحدهما ثبت بِهِ الاحتمـال فِي الطرف الآخر فسـقط الحـدُّ فِي جانبه، لاحتمـال النكاح من جانبه أَيْضاً، وَكَذَلِكَ حكم دعوى النكاح من الرَّجُل.

وَقَـالَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي أربعةٍ شـهدوا عَلَى رجلٍ بالزنـا وقالوا تعمدنا النظـر [إليها][1]، قَـالَ: يحد الرَّجُـل، وَذَلِكَ لِأَنَّ تعمد النظر لإقامة الحسـبة[2] مطلقٌ، لأنَّهم كُلفوا تحمل الشهادة، وَلَا يصح التكليف عَلَى السهو والخطأ، وَإِنَّمَا يصح التكليف عَلَى العمد.

وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي ذمي قذف رَجُـلَاً فأقيم عَلَيْهِ الحدُّ، قَالَ: لَا تجوز شهادته عَلَى أَهْل الذِّمَّة، فإن أَسْلَمَ جازت شهادته عَلَى أَهْل الذِّمَّة وَعَلَى أَهْل الْإِسْلَام.

وأصلـه: أنَّ من تمام حدِّ القذف عندنا بطلان شـهادة القاذف، وَلَيْسَ الكافر من أَهْل الشـهادة عندنا، فبطلت شـهادته تتميماً للحدِّ، فَإِذَا أَسْـلَمَ فَقَدْ حدثت لَهُ شهادةٌ لَمْ تكن وَهُوَ عَلَى أَهْل الْإِسْلَام، لِأَنَّ هَذَا امرٌ لَمْ يلحقه ردٌ، فَلَمْ يكن بدٌّ من القبول، ومن ضرورته نفاذها عَلَى أَهْل الكفر.

٥٥٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَـهِدُوا عَلَى رَجُلٍ

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: الحد

بِالزِّنَا، فَقَضَى القَاضِي بِرَجْمِهِ، فَقَتَلَهُ رَجُلٌ بِالسَّيْفِ، ثُمَّ وُجِدَ الشُّهُودُ عَبِيدَاً؛ قَالَ: عَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ، فَإِنْ رُجِمَ رَجْمَاً ثُمَّ وُجِدَ الشُّهُودُ عَبِيدَاً، قَالَ: الدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

أَمَّا إِذَا قتله بالسيف فَقَدْ خالف أَمَرَ القَاضِي، فجُعل متعدياً، وَقَدْ بطل الحكم، وكان يَنْبَغِي أن يجب القَوَدُ، لكنا قلنا بوجوب الدِّيَة استحساناً، لِأَنَّ ظاهر القصاص صَارَ شبهةً، فأَمَّا إِذَا رجمه النَّاس فَقَدْ امتثلوا بأمر القَاضِي، والقَاضِي هُوَ المقصِّر، فأضيف إِلَيْهِ، وصار ذَلِكَ عَلَى بيت الْمَال.

٥٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الَّذِي يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ؛ قَالَ: لَا يَبْلَغُ بِهِ حَدُّ الزِّنَا، لَكِنَّهُ يُحْبَسُ وَيُضْرَبُ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﵄ يَجِبُ حَدُّ الزَّانِي، قَالَا: لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى أَوْجَبَ الحَدَّ عَلَى الزَّانِي.

والزاني مشتق من الزنا، وَهُوَ فعلٌ معلومٌ لَهُ معنىً معقول وَهُوَ السفاح وقضاء الشهوة فِي محل مشتهى غير مملوك، وَهَذَا معناه لغةً لَا استنباطاً، وَهَذَا المعنى موجود فِي اللواطة، فَصَارَ العمل بِهِ ثابتاً بدلالة النص، وَهَذَا أولى لِأَنَّ الحد إِنَّمَا يُلاقي صفة التحريم فِي الأفعال، وَهَذَا الوصف ازداد قوةً وتأكيداً فِي اللواطة، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ الحد إِنَّمَا شرع بالزنا، وَهُوَ فعلٌ معلومٌ، جَعَلَ هَذَا الاسم علماً لَهُ حقيقةً، وَإِنَّمَا يسمى غيره بِهِ مجازاً، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ معنى حقيقة هَذَا الاسم لَا يوجد فِي غَيْرِه.

وبيانه: أنَّ الزنا اسمٌ لفعل هُوَ سفاحٌ، وَهُوَ الَّذِي يراد بِهِ قضاء الشهوة، بصب

المـاء فِي غَيْرِ الملـك، وَفِي محل وجـود الْوَلَد، فيتضمن تضييع الْوَلَد، واشـتباه الأنساب، وَفِي اللواطة تضييع الماء لَا تضييع الْوَلَد، وبين الأمرين تفاوتٌ عظيمٌ.

والثانـي: أنَّ الحـدود شُـرعت زواجرَ، وَقَدْ شـرع فِـي الزنا وَهُـوَ موجودٌ بالداعيتيـن، وَفِي اللواطـة إِنَّمَا وجد بدعوة[1] الفاعل لَا غيـر، فانعدم أحد طرفي الوجـود فبطل الاعتبـار بِهِ بحكم دلالة النَّص لقصور معنـى الدلالة، وَلَا يصح[2] جبـر هَذَا القصور بفصـل التحريم مقايسـةً، لأنَّا لَا نعقل بينهمـا مماثلةً، وأقصى التعزير بين اللواطة والزنا، أَوْ بين تأكيد الحرمة وبين قصور معنى الداعي إِلَيْهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تسعةٌ وثلاثون[3].

٥٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي نَصْرَانِي قَذَفَ مُسْـلِمَاً فَضُرِبَ سَـوْطَاً ثُمَّ أَسْـلَمَ، ثُمَّ ضَرِبَ تِسْـعَةً وَسَبْعِينَ [سَـوْطَاً][4]؛ قَالَ: شَهَادَتُهُ جَائِزَةٌ.

لِأَنَّ رد الشـهادة عندنا من صفات الحدِّ، وَلَمْ يصح أن يُجعل وصفاً للبعض دون البعض.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الَّذِي ضُرب بعد الْإِسْـلَام لَيْسَ بحدٍّ؟ فَـلَا يصح أن يجعل الرد صفةً لَهُ.

---

(١) أي بداعية.

(٢) فِي ب: لَا يَجُوزُ

(٣) جلدة.

(٤) فِي ب

وَقَالَ فِي النصرانية تزني ثُمَّ تُسلم ثُمَّ يقذفها رجلٌ، قَالَ: لَا حدَّ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الزنا حرامٌ فِي كل دينٍ، فبطل بِهِ الإحصان.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرامي صادقٌ، والحدُّ لَا يجب عَلَى الصادق مَتَى ثبت عند الإمام صدقه.

٥٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الْمَجُوسِيِّ يَتَزَوَّجُ أُمَّهُ فَيَدْخُلَ بِهَا، ثُمَّ يُسْـلِمَانِ قَالَ: عَلَى قَاذِفِهَا الحَدُّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِهِمَا.

وحاصل ذَلِكَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ جَعَلَ لهذا النكاح حكم الصحة، وقالا: لَيْسَ لَهُ حكم الصحة ويبتني عَلَيْهِ القضاء بالنفقة أَيْضاً.

وجـه قولَهُمـا: إنَّ ديانة الكافـر دافعـةٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَا تصلـح حجةً لنصب الشـرع، لِأَنَّ ديانة الْمُسْلِم لَا تصلح لذلك، فهذا أولى، وإِنْ كَانَتْ دافعةً فَلَا يصلح العمـل بِهَـا إِلَّا بناءً عَلَى أمرٍ مشـروعٍ مطلقٍ فِي الأصل كتحليل الخمـر، فَإِنَّهُ كَانَ شـرعاً مطلقاً، فَإِذَا صَـارَتْ الديانة دافعةً فِي حكم الدنيا، صَـارَ التحليل بناء عَلَى حكم الْأَوَّل شَرع الله تَعَالَى فِي حكم الدنيا.

فأمَّـا هاهنا فإنَّ نكاح المحارم لَمْ يَكُنْ مشـروعاً مطلقاً، وَإِنَّمَا كَانَ فِي ملة آدم عليه السلام ضرورياً.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ كَانَ يُزوج أختَ هَذَا البطن من أخِ البطن الآخر؟ وَلَمْ يكن ذَلِكَ فِـي الأمهات بحال، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الديانة دافعـةٌ بِالْإِجْمَاعِ، فَإِذَا دانوا بأمر

يجـوز أَنْ يَكُونَ وَلَا يكون، فإِنْ كَانَ من الشـرائع أُعطي لَهُ حكم الجواز فِي حقه، فيسـتفيد بِهِ عصمـةً، وَذَلِكَ أمرٌ لَا يجب لَهُ حقٌ عَلَى أحدٍ لِأَنَّهُ شـرط الحد، وَإِنَّمَا يجب الحد عَلَى القـاذف بقذفه، كما يجب الضمان بغصبه، فَإِذَا لَمْ يضف عصمةً إِلَيْهِ لَمْ تصر عصمة الديانة إِلَّا دافعةً.

٥٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ وَيَتْرُكَ وَفَاءً، فَتُؤَدَّى كِتَابَتُهُ، وَيُقْسِـمُ مَا بَقِي بَينَ وَرَثَتِهِ الأَحْرَارِ، ثُمَّ يَقْذِفُهُ إِنْسَـانٌ؛ قَالَ: لَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِهِ أَبَدَاً.

لِأَنَّهُ مَاتَ حراً عند بعض أصحاب النَّبي ﷺ، وعند بعضهم مَاتَ عَبْدَاً فوقعت الشـبهة فِي إحصانه، وَلِأَنَّهُ عَلَى قول [من يقول أَنَّـهُ][(١)] يموت حراً، فإنَّما ظهرت حريته ضرورةً لَا مطلقةً، والحد لَا يقام بناء عَلَى الضرورة.

أَلَا تَرَى أنَّا لَا نحكم لَهُ بثبوت الولاية، فهذا أولى.

٥٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِيمَنْ سَرَقَ ثَوْبَاً فيقطع فِيهِ، ثُمَّ سَرَقَهُ مِنْهُ مَرَّةً أُخْرَى؛ قَالَ: لَا يُقطَعُ فِيهِ.

وَهَذَا عندنا، خلافاً للشافعي، وَإِنَّمَا لَمْ يقطع فِيهِ لِأَنَّ الحد إِنَّمَا يجب بالْجِنَايَة عَلَى عصمة الْمَال بعد تحويل العصمة إِلَى صاحب الشرع، وَهِيَ عصمةٌ وَاحِدَة لَا

---

(١) فِي ب

يجب بهتكها إِلَّا جزاءٌ واحدٌ، لِأَنَّ العصمة إِذَا اتحدت اتحد جزاء هتكها، فَلَمَّا قُطع فَقَدْ استوفي جزاؤها، فَإِذَا رد الْمَال وأحرزه صاحبه، فَقَدْ حدثت العصمة، لكن محل العصمتين واحدٌ، فأخذت العصمة شبهة الاتحاد لاتحاد محلها، وَلَوْ كَانَتْ العصمة وَاحِدَة عَلَى التحقيق لَمْ يجب بهتكها إِلَّا جزاءٌ واحدٌ، فَإِذَا ثبت للعصمتين شبهة الاتحاد لاتحاد المحل بطل الحدُّ بشبهة اتحاد العصمة، كما يبطل بحقيقة الاتحاد، وَهَذَا نظير اعتراض ملك السَّارِق أن الملك لما أَخَذَ شبهة الاتحاد لاتحاد المحل سقط الحدُّ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

قَالَ: وَلَوْ سَرَقَ غزلاً فقُطع بِهِ، ثُمَّ رده فنسجه صاحبه ثُمَّ سرقه ثانية قُطع، لِأَنَّ العين صَارَتْ شَيْئاً آخر، فبطلت شبهة اتحاد العصمة، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ النسج تبديلٌ، وَلَهُذا قلنا فِيمَنْ اشْتَرَى غزلاً ثُمَّ نسجه ثُمَّ زَادَ فِي قيمته[1] أَنَّ الزيادة باطلةٌ، كما لو هَلَكَ ثُمَّ زَادَ.

۞ ۞ ۞

(١) فِي ب: ثمنه

[بَابُ الحَدِّ كَيْفَ يُقَامُ]

٥٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ قَالَ لِذِمِّيَّةٍ أَوْ أُمِّ وَلَدِ رَجُلٍ: يَا زَانِيةُ؛ قَالَ: يُعَزَّرُ [مَا يَرَى الإِمَامُ](١). قَالَ: وَلَوْ قَالَ لِمُسْلِمٍ: يَا فَاسِقُ، أَوْ يَا خَبِيثُ، أَوْ يَا سَارِقُ، فَإِنَّهُ يُعَزَّرُ، وَلَا يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ أَرْبَعِينَ سَوْطاً.

والتعزير [بالشرع](٢) إِنَّمَا شرع فِي جريمةٍ لَا حدَّ فِيهَا، وجملة ذَلِكَ إِنْ كَانَ من جنس ما يجب بِهِ الحدُّ وجب أن يبلغ التعزير اقصى غاياته، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ من جنسه وجب الخيار للإمام فِي تعيينه.

فَإِذَا قَالَ لذمية أَوْ أم ولدٍ: يا زانية، لَمْ يجب الحدُّ، لِأَنَّ إحصان المقذوف شرطٌ، ومن شرائط الإحصان الحرية والإسلام، وَلَمْ يوجد، وَهَذَا مِنْ جنس ما يجب بِهِ الحدُّ، فوجب تكميل التعزير فِيهِ، وَهُوَ أن يعزر عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄ تسعةً وثلاثين سوطاً، وعند أَبِي يُوسُفَ ﵀ فِي ظاهر الجواب خمسةٌ وسبعون، وَفِي النوادر تسعةٌ وسبعون.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ من جنس ما يجب بِهِ الحدُّ، مثل [قولَهُ](٣) يا فاسقُ، أَوْ يا خبيثُ، أَوْ يا سارقُ، فَإِنَّهُ يعزر عَلَى قدر ما يرى الإمام، لِأَنَّ هَذَا دون القسم الْأَوَّل،

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

فَصَارَ الرأي فِيهِ إِلَى الإمام، وأدنى التعزير ما يراه الإمام وأقصاه تسعةٌ وثلاثون سوطاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بناه عَلَى حدِ نكرةٍ، فوجب بناؤه عَلَى أدنى الحدود، وأدناها عدداً حدُّ القذف عَلَى العَبْدِ.

وأوجب أَبُو يُوسُفَ ﷺ البناء عَلَى الحد الكامل، وَذَلِكَ تسعةٌ وسبعون، كَذَلِكَ روي عَنْهُ فِي النوادر، وَهُوَ القياس، إذ لَا دليل عَلَى تقدير النقصان، فَكَانَ السوط ثابتاً فِي باب النقصان بيقين، وَفِي ظاهر الرواية قدّره بخمسةٍ وسبعين، وَلَا وجه فِي تقدير النقصان بالخمسة.

وحُكي عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يعزر رَجُلاً، وكان يعقد بكل خمسةٍ عقداً، فَلَمَّا عقد أربعَ عشر عقدةً أمسك، وَلَمْ يعقد للأربعة الأخيرة عقداً، فظنَّ الَّذِي عدّ عُقده أَنَّهُ أَمَرَ بخمسةٍ وسبعين، وَإِنَّمَا كَانَ تسعةً وسبعين.

[مطلب: في مراتب التعزير]

قَالَ: وضرب التعزير أشدُّ الضرب، وضرب الزاني أشدُّ من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشدُّ من ضرب القاذف.

أَمَّا التعزيرُ فَقَدْ جرى التخفيف فِي مقداره، فوجب جبره بوصفه، وضرب الزاني أشدُّ الحدود، لِأَنَّهُ ثابتٌ بالكتاب[1] والسنة، وسببه أعظم الجرائم.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ شرع فِيهِ الرجم؟

ثُمَّ ضرب الشارب، لِأَنَّهُ ثبت بجريمةٍ ظاهرةٍ ثابتةٍ بيقينٍ، وَأَمَّا حد القذف فإنَّما وجب بسبب مشتبه، فوجب تأخيره، وإِنْ كَانَ ثابتاً بالكتاب.

---

(١) فِي ب: بكتاب الله تَعَالَى

قَالَ: ويضرب فِي الحدود كلها قائماً مجرداً، إِلَّا حدَّ القذف، فَإِنَّهُ يضرب فِي ثيابه، غير أَنَّهُ يُنزع عَنْهُ الفرو والحشو، لِأَنَّ المقصود من الحدِّ الزجر، وَلَا زجر إِلَّا بالإيلام، وَلَا إيلام إِلَّا بالتجريد، وَلَا يُمسك وَلَا يُربط وَلَا يُبطح، لَكِنَّهُ يترك قائماً، إِلَّا أن يعجزهم فيُشدَّ.

وَأَمَّـا حدُّ القذف فَلَمَّا بنـي عَلَى التخفيف لَا يُجرد فِيهِ، ولكن ينزع الحشـو والفـرو، ولأنَّ ذَلِـكَ يمنـع أثر الضـرب أصلاً، وَقَـالَ: (غير ممـدودٍ) أي لَا يُمد المحـدود بين العقابيـن، لِأَنَّهُ بدعةٌ، ويحتمل أن لَا يمد السـوط، فيرفعه الضارب فَوْق رأسـه، وَلَا يمد عَلَى بدنه بعد الضـرب، لِأَنَّ ذَلِكَ كله زيادةٌ عَلَى الحدِّ، قَالَ: وتضرب فِي الحدود الأعضاءُ كلها ما خلا الفرجَ والوجهَ والرأسَ، أَمَّا الفرج فلأنَّه مُهلك، والحدُّ للزجر لَا للقتل، والوجه مجمع المحاسـن، فيخاف أن يصير مُثلة، وَأَمَّا الرأس فَإِنَّهُ يخاف مِنْهُ عَلَى عقله، وعامة حواسه، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُضرب عَلَى الرأس، ورُوي عَنْهُ أَنَّهُ يُضرب سـوطاً واحـداً لحديث أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (اضْرِبْ الرَّأْسَ، فَإِنَّ فِيهِ شَيْطَانًا)[1]، وَلِأَنَّهُ عضوٌ صلبٌ.

والجواب أنَّ الحديث ورد فِي قتل أَهْل الحرب، وضرب رؤوسـهم واجبٌ، خصوصاً فِي قوم كانوا بالشم يحلقون أوساط رؤوسهم، والْمَرْأَة فِي ذَلِكَ كالرجل، إِلَّا أَنَّهـا تُضرب جالسـةً، لما روي عن علـي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (يُضْرَبُ الرِّجَالُ فِـي الْحُدُودِ [كلها][2] قِيَامًا، وَالنِّسَـاءُ قُعُودًا)[3]، ولأنَّها عـورةٌ فيجب صيانتها، وَلَا تجرد لهذا

(١) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية أخرجه ابن أبي شيبة فِي مصنفه.

(٢) فِي ب.

(٣) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية أخرجه ابن أبي شيبة فِي مصنفه.

لِأَنَّهَا عورةٌ، غير أَنَّهُ ينزع عَنْهَا الحشـو والفـرو، وَهِيَ فِي ذَلِكَ مثل الرَّجُل فِي حد القذف.

٥٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَـهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَـا، فَرُجِمَ الْمَشْـهُودُ عَلَيْهِ، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُم؛ غُـرِّمَ رُبْعَ الدِّيَة، وَضُرِبَ الحَدَّ، وَكَذَلِكَ كُلَّمَا رَجَعَ وَاحِدٌ.

أَمَّا ربع الدِّيَة فلأَنَّه أتلف رُبع النفس، وَأَمَّا الحدُّ فَهُوَ عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يحد، لِأَنَّهُ جَعَلَ قاذف حيٍّ، فَقَدْ بطل بالموت، وَإِنَ جَعَلَ قاذف ميتٍ، فَإِنَّهُ مرجومٌ فِي حكم القَاضِي.

ولنا: أَنَّهُ انعقد كلامه حجةً شـهادةً، صَارَ الحكم بِهِ واقعاً بهذا الوصف، لكن لما رَجَعَ فَقَدْ فسـخ شـهادته بعد الوجود، فانقلب للحال قذفاً، فَصَارَ قاذف ميتٍ وَهُوَ مظلومٌ فِي حقه، لِأَنَّ الرجم إِنَّمَا ثبت بهذه الحجة، فَإِذَا فسخها انفسخ الحكم فِي حقه فَلَا يصلح شـبهةً، وَأَمَّا إِذَا كَانَ المشـهود عَلَيْهِ غير محصنٍ حَتَّى جُلد، ثُمَّ رَجَعَ بعض الشـهود فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِم عند أَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ، وقالا: يضمن نقصان الجراحة لِأَنَّهُ تلف بشهادتهم.

ووجه قولَهُ: أَنَّهم شـهدوا بجرحٍ(١) مؤلمٍ لَا متلفٍ، وَإِنَّمَا جاء الجرح بعنف الجلاد، فَلَا يضاف إِلَى الشهود، وَلَا يضمن الجلاد أَيْضاً لِأَنَّهُ مأمورٌ بِهِ، فسقط عَنْهُ ما لَيْسَ فِي وسعه، وَهُوَ طلب السلامة، وَإِذا رَجَعَ واحدٌ قبل الحكم بشهادتهم بطل

(١) فِي ب: بضرب

الحكـم، وحدوا جَمِيْعَاً عندنا، وَقَالَ زُفَـرُ رحمه الله: يحدُّ الراجع وحده، لِأَنَّهُ لَا يصدق عَلَى أصحابه.

وجـه قولنـا: إنَّ هَذَا الكلام قـذفٌ فِي الأصـل، وَإِنَّمَا يصير شـهادةً بحكم القَاضِي، فَـإِذَا رَجَعَ أحدهم فَلَمْ يجعل رجوعه نقصـاً، بَلْ امتنع أن يصير كلامهم شهادة فبقي قذفاً[1] فَلَمْ يصير جانياً عَلَيْهِم.

٥٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةِ فُسَّاقٍ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُم؛ قَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِم.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَواصِّ لما قلنا فِيمَا مَضَـى، وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رَجُلٍ أكرهه السـلطان حَتَّـى زنى، قَالَ: لَا حـدَّ عَلَيْهِ، فإن أكرهه غير السـلطان، ضُرب الحدَّ، وعندهما غير السلطان مثل السلطان، لِأَنَّ المانع هُوَ الإلجاء وخوف التلف، وَقَدْ يتحقق ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ السلطان.

ولأَبِـي حَنِيفَـةَ رحمه الله: أنَّ الإكراه الَّذِي جَعَلَ عُذراً هُـوَ إكراه أَهْل المنعة، وهم أَهْل الحرب وغيرهم، وإكراه السـلطان بمعناه، وإكراه غير السـلطان دونه حقيقةً وحكمـاً، فَلَمْ يصح قياسـه بِهِ، أَمَّا الحقيقة فلأنَّ السـلطان لَا يخـاف غيره، فيلزم الإكراه من جهته، وغير السلطان يَخاف السلطان فَلَا يدوم شره بَلْ هُوَ نادرٌ منقطعٌ، فَلَـمْ يصـح تعديته إِلَى ما هُوَ دونه، وَأَمَّا الحكم فلازمٌ أثره فِي تبديل نسـبة الفعل، وللولاية أثرٌ فِي التبديل.

---

(١) فِي ب: قاذفاً

٥٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا، وَأَحَدُهُم عَبْدٌ؛ قَالَ: يُضْرَبُونَ الحَدَّ جَمِيعَاً.

لِأَنَّ كلامهم لَمْ يصر شهادةً لقصور العدد، فبقي قذفاً، فإن ضُرب الحدَّ بشهادتهم وكان غير محصنٍ، ثُمَّ وُجد أحدهم عَبْدَاً أَوْ محدوداً فِي قذف، فإنَّهم يضربون الحدَّ لما قلنا، وَلَا يغرمون أرش الضرب، وَلَا يجب فِي بيت الْمَال عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: لَا يغرمون أرش الضرب، لَكِنَّهُ يجب فِي بيت الْمَال، لِأَنَّ الخطأ وقع من الإمام، وَهَذَا مثل الخلاف فِي رجوع الشهود، وَقَدْ مرت، قَالَ: وَلَوْ رُجم ثُمَّ وُجد أحد الشهود عَبْدَاً أَوْ محدوداً فِي قذف، قَالَ: لَا حدَّ عَلَيْهِم، والدية عَلَى بيت الْمَال.

أَمَّا الحد فلأنَّ كلامهم انعقد قذفاً فِي الأصل، فَلَمَّا مَاتَ المقذوف بطل الحدُّ بموته، بخلاف رجوع أحد الشهود، لِأَنَّهُ يصير قذفاً عند الرجوع بعد الموت، وَأَمَّا الدِّيَة فإنَّما وجبت عَلَى بيت الْمَال لِأَنَّ الخطأ فِي القتل وقع من الإمام.

وَقَالَ: فِي رَجُلٍ قذف رَجُلَاً ثُمَّ مَاتَ المقذوفُ، قَالَ: لَا حدَّ عَلَى القاذف، لِأَنَّ حدَّ القذف لَا يورث عندنا [عن الميت][1]، لما قلنا أَنَّهُ يجب لله تَعَالَى هُوَ المعظم فِيهِ، وإنما يُورَث عن الميت حقه، وَقَدْ عرفت المسألة فِي موضعها.

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب

[بَابُ الإِحْصَانِ]

٥٦٤- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَكُون الرَّجُل مُحْصَناً بِامْرَأَتِهِ، وَلَا تَكُونُ الْمَرْأَةُ مُحْصَنَةً بِزَوْجِهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَا حُرَّينِ مُسْلِمَينِ [عَاقِلَينِ][1] بَالِغَينِ، قَدْ جَامَعَهَا زَوجُهَا، وَهُمَا بَالِغَانِ.

وأصلـه: أنَّ الرجم لمَّـا كَانَ أعظم العقوبـات تعلق بالْجِنَايَـة، ممن كُملت نَعَمْ الله تَعَالَى عَلَيْهِ وتم استغناؤه عن الحرام، وَإِنَّمَا يتم الاستغناء بالحلال الكامل، والحـلال المقصود بالنكاح يكـون كماله باجتماع خصال الإحصـان، فَإِذَا كَانَتْ الْمَـرْأَة أمـةً لَمْ يَكُـنْ حلها كاملاً، وكان وطئهـا ناقصاً لنقصـان الازدواج حقيقةً، ولنقصـان الحل حكماً، وَإِذا كَانَتْ صغيـرة كَانَ وطئها ناقصاً لنقصان حالها، وَإِذا كَانَــتْ مجنونــةً فَكَذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَا ازدواج مَعَهَـا، وَإِذا كَانَتْ كافـرةً كتابيةً فَكَذَلِكَ، وروي عَـنْ أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الزَّوْج يصيـر محصناً بِهَا، وَهِيَ محصنـةٌ بِهِ، لِأَنَّ وطئها كاملٌ، ووجه ظاهر الرواية: ما روي عن النَّبي ﷺ، أَنَّهُ قَالَ لحذيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَقَدْ نكح يهودية: (دعها فَإِنَّهَا لَا تحصنك)[2]، وَكَذَلِكَ قَالَ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لكعبِ بن مالك، ولأنَّ الازدواج لَا يتكامل مع اختلاف الدين، فَلَا يثبت الإحصان إِلَّا أن تسـلم ثُمَّ يدخل بِهَا.

---

(١) فِي ب

(٢) رواه الدارقطني فِي سننه برقم/ ٢٠١/، وابن أبي شيبة برقم/ ٥٠١/، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٥٠٢/، والبيهقي برقم/ ١٥٧١٨/.

٥٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ شَهِدَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ بِالزِّنَا، وَهُوَ يُنْكِرُ الإِحْصَانَ، وَشَهِدَ عَلَيْهِ بِالإِحْصَانِ رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ قَالَ: يُرْجَمُ، فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الإِحْصَانِ، قَالَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهَا.

وَهَـذَا عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يُقبل عَلَى الإحصان إِلَّا شـهادة رَجُلَيْنِ، فَإِذَا رَجَعَ شـهود الإحصان ضمنوا، كما يضمن شـهود الزنا، وَاحْتَجَّ بأَنَّ ضرر العقوبة لَا يثبت بالوجوب، وَإِنَّمَا يثبت بالوجود والاسـتيفاء، فَصَارَ للشـرط حكمُ العلل، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي سائر الشروط.

ولأصحابنـا ﷺ: أَنَّ الذكـورة إِنَّمَا شُـرطت فِي البينات احترازاً عن شـبهة الأنوثـة، وَإِنَّمَـا تعتبر الشـبهة فِيمَا يُدرأ بالشـبهات وَهُـوَ العقوبات، فَـإِذَا قامت البينـة بعقوبةٍ أَوْ سـبب عقوبةٍ لَمْ تقبل مع قيام الشـبهة، والإحصـان لَيْسَ بعقوبةٍ، بَلْ هِيَ خصالٌ حميدةٌ، وَلَا سـبب عقوبةٍ، لِأَنَّ سـبب العقوبة جنايةٌ لَا محالة، وَلَا شـرط أَيْضاً، لِأَنَّ الشـرط ما يتعلق بِهِ الوجود، وَلَا يتعلق الوجود بالإحصان، لِأَنَّ الإحصان يتقدم لَا محالة، فبطل شرط الذكورة، كما لو قامت البينةُ بِغَيْرِ حضرة[1] الحد، وَلَهُذا قلنا لَا ضَمَانَ عَلَى شهود الإحصان.

وَقَـالَ فِي أربعةٍ شـهدوا عَلَى رجلٍ بالزنا، وَلَهُ امرأةٌ لَـهُ مِنْهَا أولادٌ، فأنكر أَنْ يَكُـونَ جامَعَهَـا، قَالَ: يرجم؛ لِأَنَّ قيـام الأولاد أدلُّ عَلَى الدُّخُول من الشـهادة أَوْ الإقـرار، وَهَذَا دليلٌ عَلَى أَنَّ إثبات الإحصان لَا يشـبه إثبـات العقوبات، لِأَنَّهَا لَا تثبت بمثل هَذَا من الظواهر.

---

(١) هَذِهِ أقرب كلمة تفهم من الرسم، فلتنظر

وذكـر وطء الرَّجُـل جارية أمه وأبيـه [أَوْ امرأته][1]، أَنَّهُ يحـدُّ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: ظننتها تحل لِي، وَقَدْ مرت، وزاد أَنَّهُ لَا يثبت نسبُ الْوَلَد لِأَنَّهُ زناً.

٥٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: زَنَأْتَ فِي الجَبَلِ، ثُمَّ قَالَ: عَنِيتُ الصُّعُودَ [عَلَى الجَبَلِ][2]؛ قَالَ: يُحَدُّ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يُحَدُّ.

وجـه قول محمَّد ﷺ: أنَّ الهمز يدل عَلَـى إرادة الصعود، يقال: زنأ بالهمز: أي صعد.

كما قَالَ الشاعر:

وارْقَ إِلَى الخيراتِ زَنْأً فِي الجبلْ [3]

وكلمة الطرف يحتمل معنى الزنا، الَّذِي هُوَ فاحشة، والحدُّ لَا يجب بالمحتمِل.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ أَنَّ الزَنْأَ يحتمل الصعود ويحتمل الفاحشـة، لِأَنَّ مـن العـرب من يهمز غير المهموز، وقولَهُ: (فِـي الجبل) لَا يحتمل الصعود، لِأَنَّهُ لَا يقال: زنأ فِيهِ، فإِنَّما يقال: زنأ عَلَيْهِ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) وَهُوَ من قول قيسِ بنِ عاصمِ المنقريِّ وأخذَ صبيًا منْ أمّهِ يرقّصهُ، وأمّهُ هِيَ منفوسـةُ بنتُ زيدِ الفوارسِ، والصّبيُّ هوَ حكيمٌ ابنهُ:

أشـبهْ أبا أمّـكَ، أوْ أشـبهْ حملْ ... وَلَا تـكـونـنَّ كـهـلّـوفٍ وكـلْ
يصبحُ فِـي مضجعهِ قـدِ انجدلْ ... وارقَ إِلَى الخيراتِ زناً فِي الجبل

لسان العرب، باب زنأ.

كما قَالَ الشاعر:

لَاهُــمَّ إِنَّ الـحــارِثَ بْــنَ جَبَلَــهْ   زَنــا عــلــى أَبــيــهِ ثُــمَّ قَــتَلَــهْ[1]

فَصَــارَ المحتمل محمــولاً عَلَى المحكم، ولأنَّ المســألة فِي حال الســباب والغضــب، وبدلالةِ الحال ترجح جانب القذف بالفاحشــة، وَقَالَ فِي الصَّبِيِّ يزني بامرأةٍ مطاوعةٍ أَوْ مجنونٍ زنا بِهَا، فَلَا حدَّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَوْ زنى صحيحٌ بصبيةٍ يُجَامِـع مثلها أَوْ مجنونةٍ فعَلَيْهِ الحد، وَهَذَا عندنا، وَقَالَ الشــافعي ﵀: يحد البالغ العاقل مِنْهُمَا بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّهُ من أَهْل الحد، فَلَا يتعدى إِلَيْهِ حكم الصغر والجنون، كالعاقـل يزني بصبيةٍ أَوْ مجنونةٍ، ولنا: أَنَّ الحد يجـب عَلَى الرَّجُل بالزنا، والْمَرْأَة فِي حقه محل، وَلَا حاجة لكمال المحل إِلَى معنى الخطاب، فأَمَّا الْمَرْأَة فإِنَّما تحدُّ بالتمكيــن بالزنــا، والرجل فِي ذَلِكَ أصلٌ، والْمَرْأَة تابعة، فَـإِذَا لَمْ يوجد صفة الزنا فِي الرَّجُلِ لَمْ يتم التمكين، فاعتبره الشــافعي ﵀ آلةً لَا غير، كما اعتُبرت فِي حقه محــلاً، ونحن قلنا: إِنَّ الرَّجُل أصلٌ فَـلَا يثبت لَهَا صفة الزنا، إِلَّا أن يثبت ذَلِكَ فِي فعله أولاً، والله أعلم.

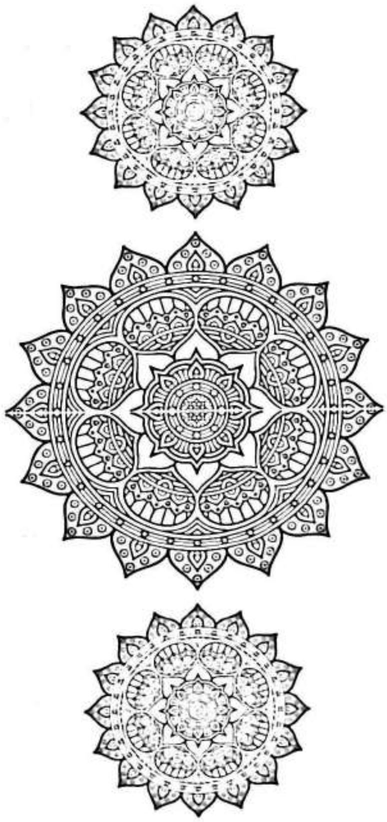
❁ ❁ ❁

---

(١) من قول العفيف العبدي:

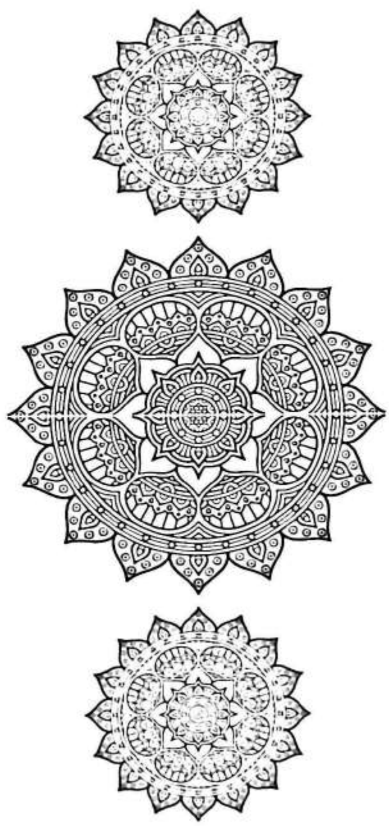
لَاهُــمَّ إِنَّ الحــارِثَ بْــنَ جَبَلَــهْ   زَنــا عــلــى أَبــيــهِ ثُــمَّ قَــتَلَــهْ
وركــبَ الـشــادخةَ المحجَلــهْ   وكان فِــي جاراتــهِ لَا عهــدَ لــهْ
وأيُّ أمــرِ ســـيءٍ لَا فــعــلَــهْ

لسان العرب.



١٠- كِتَابُ السَّرِقَةِ [وَقَطْعِ الطَّرِيقِ][(١)]

(١) في ب.



[بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقْطَعُ]

٥٦٧- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ سَرَقَ مِنْ إِبِلٍ قِيَامٍ عَلَيْهَا أَحْمَالُهَا، أَوْ تَسِيرُ فَشُقَّ جَوَالِقُهَا فَسَرَقَ مَا فِيهَا؛ قَالَ: يُقْطَعُ، وَإِنَ سَرَقَ الْجُوَالِق بِعَيْنِهِ[1] لَا يُقطعُ.

وأصل ذَلِكَ: أنَّ القطع إِنَّمَا يجب بسرقة الْمَال إِذَا كَانَ نِصاباً كاملاً وكان محَرزاً مقصوداً بِذَلِكَ، فأمَّا إِذَا كَانَ غير مقصود بِذَلِكَ لَمْ يُقطع.

أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الَّذِي سَرَقَ من حريسة[2] الحبل لَا يُقطع لِأَنَّ الراعي لَا يقصد بالرعي الحفظ، وَإِنَّمَا يقصد بِهِ الرعي، والحفظ تبع، فَلَمْ يصلح للقطع حَتَّى يكون مقصوداً، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مقصوداً، كَانَ لَهُ شبهة العدم.

وَفِي مسألتنا السابق والقائد إِنَّمَا يقصد بفعله قطع المسافة والسَّوق لَا الحفظ، فَلَمْ يصر بِهِ محرَزاً مقصوداً، فاعتبر الْجُوَالِق[3] حرزاً لَهُ، فإن شق وأخذ مِنْهُ قطع، وإلا فَلَا، وَإِنَّمَا يعتبر الْجُوَالِق حرزاً إِذَا خيف هجوم صاحبه، كما فِي هَذِهِ المسألة، حَتَّى لو كَانَ مع هَذِهِ الأحمال من يتبعها للحفظ قُطع سارق الحمل بِعَيْنِهِ كما يُقطع الَّذِي شق الْجُوَالِق وأخذ.

---

(١) فِي ب: بِمَا فِيهَا

(٢) أي من الشياه المحروسة. حاشية أ

(٣) الْجُوَالِق: بضم الجيم وكسرها وعاء من صوف أَوْ شعر أَوْ غيرهما، وعند العامة: شوال.

٥٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ سَرَقَ جُوالقَ فِيهَا مَتَاعٌ، وَقَدْ وُضِعتْ الْجُوَالِق فِي الْأَرْضِ وَصَاحِبُهَا نَائِمٌ عَلَيْهَا، أَوْ حَيْثُ يَكُون لَهَا حَافِظاً فسَرَقَ مِنْهَا جُوَالِقَاً؛ قَالَ: يُقْطَعُ.

لِأَنَّ صاحبها إِذَا كَانَ نائماً عَلَيْهَا أَوْ حيث يكون حَافِظَاً لَهَا عَلَى عادة أَهْل السفر، صَارَ حرزاً بِنَفْسِهِ، وَهَذَا عَلَى هَذَا الوجه من الخواص.

٥٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الطـرَّارِ، قَالَ: إِنْ طَرَّ الصَّرَّةَ وَهِيَ خارجة لَمْ يُقْطَعْ، وَإِنَ أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الكُمِّ فَطَرَّهَا، قُطِعَ.

وَهَذَا جواب الْكِتَاب فِي الطر[1]، لِأَنَّهُ إِذَا طرها وكان الرباط خارجاً والدراهم داخله فَلَمْ يهتك الحرز وَهُوَ الكم، وإِنْ كَانَ الرباط داخلاً والدراهم عَلَى ظاهر الكم، فأدخل يده فطرها فَقَدْ هتك الحرز بإدخال يده، لِأَنَّ هتك الحرز عَلَى ما يليق بِهِ.

قَالَ مشايخنا: فإن حل الرباط وأخذ الدَّرَاهِم، فإِنْ كَانَ الرباط خارجاً والدراهم فِي باطن الكم قُطع، لِأَنَّهُ يحتاج إِلَى أن يدخل يده، وإِنْ كَانَ الرباط داخلاً والدراهم فِي ظاهر الكم فحل الرباط لَمْ يُقطع، لِأَنَّهُ أَدْخَلَ يده لحل الرباط فبقيت الدَّرَاهِم خارجه، فإِنَّما أخذها من خارج، فَلَمْ يصر هاتكاً للحرز.

---

(١) الطرُّ: هُوَ نشل الْمَال، والطرار النشال.

وحاصل ذَلِكَ: أَنَّهُ اعتبـر الكُم حرزاً، وَلَمْ يعتبر صاحب الْمَال حرزاً، إِلَّا أَنَّ العادة فِي صاحب الْمَال فِي هَذَا المواضع أَنَّهُ يعتمد الكم ويجعله حرزاً، فأمَّا قيامه فَلَيْـسَ للحفظ بمقصود، وَقَدْ بينا أَنَّهُ لَا يعتبر فِـي الحرز ما لَيْسَ بمقصود، فَلِذَلِكَ اعتبر الحكم، فاختلف الجواب[1].

وَقَالَ فِي رَجُلٍ يُدخل يده فِي البيت فيسَرَقَ مِنْهُ وَلَا يَدْخل، قَالَ لَا يُقطع، لِأَنَّ هَذَا حرز يحتمل الدُّخُول فَصَارَ كمال هتكه بدخوَلَهُ، فَإِذَا لَمْ يوجد كماله لَمْ يُقطع.

❁ ❁ ❁

(١) لاختلاف العلة. حاشية أ

[بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ]

٥٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ سَرَقَ فِضَّةً تُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، أَوْ ذهباً يُسَاوِي عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، فيصنع الْفِضَّةَ دَرَاهِمَ، وَيَصْنَعُ الذَّهَبَ دَنَانِير، ويُقطعُ فِيهَا؛ قَالَ: يرد الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِير عَلَى صَاحِبِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَا سَبِيلَ عَلَيْهِما، وَلَا يُؤخَذُ مِنْهُمَا شَيْءٌ.

وأصله: أنَّ هَذِهِ الصنعة لَا تقطع حق المالك فِي الغصب عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، ويقطعه عندهما، وَكَذَلِكَ فِي السرقة لَهُمَا: أنَّ هَذِهِ الصنعة مبدلة للعين، بِمَنْزِلَةِ صنعة الحديد والصفر والنحاس مِنْ غَيْرِ تفرقة بينهما.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّا إِنَّمَا قدمنا صاحب الصنعة لِأَنَّهَا موجودةٌ صورةً ومعنىً، والمصنوع هالكٌ مِنْ وَجْهٍ، فَصَارَ الموجود مِنْ كُلِّ وَجْهٍ أولى، وَقَدْ عُدم هاهنا لِأَنَّ صنعة الصانع فِي الذهب والفضة غير متقومةٍ، والدليل عَلَى إهدار الصنعة أنَّها لَا تقطع[1] حكم الربا بخلاف الحديد والنحاس.

أَلَا تَرَى أَنَّ من كسر إناء فضةٍ لِرَجُلٍ كسراً يسيراً، لَمْ يَكُنْ لصاحبه أَنْ يَأْخُذَهُ ويضمنه شَيْئاً؟ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ الذهب والفضة ضَمِنَ.

---

(١) فِي ب: لَا ترفع

٥٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلَيْنِ يَسْرِقَان مِنْ رَجُلٍ سَرِقةٍ، فَيَفِرُّ أَحَدِهِمَا وَيُؤخَذُ الآخَرُ؛ قَالَ: يُقْطعُ هَذَا المَأْخُوذ.

وروى بعضهـم: (فيقرَّ أحدهما) من الإقـرار، وَلَا يؤخذ الآخر، وَفِي بعض النسـخ: (فيفر أحدهما) مـن الفرار والهرب، فيؤخذ الآخـر، وَهِيَ من الخواص، وَهَـذَا عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ الآخر، فأمَّا عَلَى قولَهُ الْأَوَّل يَنْبَغِي أن لَا يُقطع كما فِي مسـألة الشـهادة عَلَيْهما، ووجه المسـألة أنَّ السـرقة لَمْ تثبت فِي حق الَّذِي لَمْ يؤخذ، والعدم لَا يصلح شبهة.

٥٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْـتَودِعُ رَجُلاً شَـيْئاً فَيَسْرِقُ مِنْهُ رجلٌ؛ قَالَ: للمستودَع أَنْ يَقْطَعَ السَّارِقَ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَرَقَ مِنْ الْغَاصِبِ لِلْغَاصِبِ أَنْ يَقْطَعَه، قَالَ: وَلَوْ سَرَقَ السَّـارِق لَمْ يَكُنْ لِلسَّارِقِ الْأَوَّل أَنْ يَقْطَعَـه، وَلَمْ يكن لِرَبِّ الشَيءِ أَنْ يَقْطَعَـه أَيْضَاً، وَلِرَبِّ الشَيْءِ أَنْ يَقْطَعَ الَّذِي سَرَقَ مِنْ الْغَاصِبِ وَالْمُسْتَودَعِ.

وَإِنَّمَا أراد بسبب ذَلِكَ[١]، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا يُقطع بخصومة المودَع والغاصب، لِأَنَّ خصومتهما ضرورية غير مطلقةٍ، والحد لَا يقام بالضرورات فسقط.

ولنـا[٢] أنَّ الخصومة شـرطٌ لتصير البينة بِهَا حجةٌ، ثُـمَّ الحجة هِيَ الموجبة

(١) أي بسبب السرقة مِنْ الْغَاصِبِ والمستودع. حاشية أ

(٢) فِي ب: ولأصحابنا

فِـي حق القَاضِي، فيشـرط كمـال الحجة لإكمال الشـرط، وزفر رَحِمَهُ اللهُ سـوى بين الشـرط والعلة عَلَى ما ذكرنا فِي مسـألة الإحصان، وَلَيْسَ كَذَلِكَ مسـألة السَّـارِق من السَّـارِق، لِأَنَّ السـرقة هاهنا وَقَعَتْ موجبةً للقطع، وَإِنَّمَا الشأن فِي الثبوت فِي مجلـس القضـاء، وَقَدْ ثبت مطلقاً بشـهادة الرِّجَال، فأمَّا هناك فإنَّ السـرقة لَمْ تقع موجبةً لخللٍ فِي عصمة الْمَال عَلَى ما عرف، وَلَهُذا قلنا لو حضر المالك فِي مسألة السرقة لَمْ يُقطع[1].

وَفِـي مسـألة الغصب والوديعـة يُقطع، وهذه المسـألة عَلَى هَـذَا البيان من الخواص.

٥٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي السَّـارِق يُقِرُّ مَرَّةً؛ قَالَ: يُقْطَعُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يُقْطَعُ مَا لَمْ يُقِر مَرَّتينِ.

واعتبر أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ الإقرار بالبينة فِي شرط العدد كما فِي الزنا، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللهُ [أنَّ][2] عامة الأحاديث عَنْ رَسُـولِ اللهِ ﷺ لَيْسَ فِيهَا شرط العدد، ولأنَّ تكرار الكلام لَا يفيد شَيْئاً، لِأَنَّ الكلام إِذَا تكرر لَا يصير شَيْئاً آخر، وَإِنَّمَـا صحته باعتبار حال المقر، وَلَيْسَ للتكرار فِيهِ أثر، فأمَّا باب الزنا فخارج عـن القياس بالنَّص، كما خالف فِي عدد البينة، وَهَذَا لَمْ يخالف غيره فِي عدد البينة.

(١) أي فِي سرقة السَّارِق من السَّارِق لو حضر المالك بِنَفْسِهِ لَا يقطع. حاشية أ

(٢) الإضافة مني.

٥٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يسَرَقَ وَإِبْهَامِهِ اليُسْرَى مَقْطُوعَةً شَـلَّاء، لَمْ تُقْطَـعْ يَمِينُهُ؛ فإنْ كَانَ أُصْبُعَـان مِنْ غَيْرِ إبهامِ اليُـسْرَى مَقْطُوعَتينِ، فَكَذَلِـكَ أَيْضاً، وإنْ كَانَ أُصْبُعٌ غـيرُ الإِبْهَامِ مَقْطُوعَةً قُطِع، لِأَنَّ قُوامَ الأَصَابِعِ بِالإِبْهامِ، فَصَارَ فَوْتُهُ كَفَواتِ الأَصَابِعِ كُلِّهَا.

وَكَذَلِـكَ الإصبعـان مِنْ غَيْرِ الإبهام تنزلان منزلـة الإبهام فِي نقصان البطش بخلاف الأصبع الواحدة، لِأَنَّ فوته لَا يوجب خللاً ظاهراً فِي منفعة البطش، فجعل عفـواً، واعتبر فِي المنع من الكفارة فَوْق أكثر الأصابع مِنْ غَيْرِ الإبهام، لِأَنَّ المانع هُوَ الهلاك فِي البابين، إِلَّا أنَّ فِي باب العقوبة اعتبر الأصبعين احتياطاً.

٥٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ سَرَقَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرِمٍ مِنْهُ عَشْرَة دَرَاهِمَ؛ قَالَ: لَا يُقْطعُ.

لِأَنَّ القطـع إِنَّمَا يجب بأخذ الْمَال وهتـك الحرز، وَلَا يتحقق ذَلِكَ من ذي الرحم المحَرم، لِأَنَّهُ مأذون بالدخول فِي الحرز، فَلَا يبقى الْمَال محرزاً فِي حقه، وَقَالَ فِيمَنْ سَـرَقَ طيراً وَهُوَ يُسَـاوِي عَشْرَة دَرَاهِمَ، أَنَّهُ لَا يقطع، لِأَنَّ الحديث قَدْ صـحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (لَا قَطْعَ فِـي الطَّيْرِ)[1]، وَلِأَنَّهُ من جنس ما يوجد مباحاً،

(١) رواه ابن أبي شـيبة فِي مصنفـه برقم/ ٢٩٢٠١/ ، من قول عثمـان ﷺ، وعبد الرزاق فِي مصنفه

وَلَا يحرز عَلَى الكمال، فثبت لَهُ شبهة الضَياع، [وَكَذَلِكَ الصيد][1].

وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ مَالاً يُدَّخر مثل الفاكهة أَنَّهُ لَا يقطع، لما قلنا أَنَّهُ لَا يحرز عَلَى الكمال، فثبت فِيهِ شبهة الضياع.

وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ خشباً لَا يُقطع: لما قلنا أَنَّهُ لَا يحرز عَلَى الكمال.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يلقى فِي السكك وَلَا يُبالى بِهِ إِلَّا الساج[2]؟ لِأَنَّهُ أعز الخشب بالعراق، ويحرز مثل إحراز الأموال النفيسة، فيُقطع مِنْهَا، وَقَالَ: وَلَوْ جَعَلَ من الخشب الَّذِي لَا يُقطع فِيهِ باباً فسرقه سارق قُطع، لِأَنَّهُ صَارَ بهذا الصنعة ملحقاً بالذي يحرز عَلَى الكمال، وبطلت الحالة الْأُولَى، وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ مصحفاً مفضضاً أَنَّهُ لَا يقطع لما قلنا [أَنَّهُ][3] إِنَّمَا يحرز ديانة لَا للمالية، فصارت المالية شبهة العدم.

وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ بربطاً[4] أَوْ طبلاً لَا يُقطع، لِأَنَّ إحراز هَذِهِ الجملة ناقص لما قلنا أَنَّهُ يُحرَز فسقاً لَا مالية، والأخذ ناقص لِأَنَّهُ يحل بتأويل الأمر بالمعروف، والمالية ناقصة شرعاً لِأَنَّهُ لَا يعد مَالاً إِلَّا من حيث هُوَ خشب ومتاع، ومن ذَلِكَ الوجه[5] لَا يجب القطع، وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ النُّورَة[6]

(١) فِي ب

(٢) خشب متين ومقاوم للمياه يستخدم فِي الأثاث، يزرع عادة فِي الهند والمثلث الذهبي.

(٣) فِي ب

(٤) البربط: الآلة الموسيقية المسماة بالعود

(٥) فِي ب: ومن ذَلِكَ الوجه لَا يقطع

(٦) مادة كلسية تستخدم لإزالة الشعر عن البدن.

أَوْ الزرنيخ[1] أَوْ المُغْرَة[2] أَنَّهُ لَا يقطع لما قلنا.

وَقَالَ فِيمَنْ سَـرَقَ من الفصوص الخضر[3] أَوْ الياقوت أَوْ الزبرجد أَنَّهُ يقطع، لِأَنَّهَا عزيزةٌ تُحرز، وتصان عَلَى الكمال، والعبرة لهذا الوصف.

وَقَـالَ فِي الرِّجَال يدخلون عَلَـى الرَّجُل فيلي رجل منهم أَخَذَ متاعه وحملَه، قَـالَ: يُقطعون جَمِيْعَاً، والقياس: أن لَا يقطع إِلَّا الَّذِي حمله، لِأَنَّ فعل السـرقة لَا يحتمل الانتقال فبقي هُوَ الفاعل وحده، ووجه الاستحسان: أَنَّ هَذِهِ سرقة معهودة فيجب بِهَا الحد، لِأَنَّ السرقة كَذَلِكَ تكون فِي عامة الأحوال أن يتولى بعضهم أَخَذَ المتـاع وحمله، والبعض رَصَدٌ يدفعون صاحبَ الدار إن انتبه، والشـبهة المتمكنة فِي الفعل المعهود عفو، لِأَنَّهَا إن اعتبرت صَارَتْ ناسخة، والشبهة للدرء لَا للنسخ.

وَقَالَ فِي الَّذِي يسَرَقَ الشيء حَتَّى إِذَا انتهى إِلَى الباب رماه، ثُمَّ اتبعه فأخذه، قَالَ: يقطع، وَإِنَ ناوَلَهُ صاحباً لَهُ لَمْ يُقطع واحد مِنْهُمَا.

أَمَّا الْأَوَّل ففعلٌ معهودٌ فِي السـرقة، لِأَنَّ السَّـارِق لَا يتمكن مَعَهُ من الخروج فِي العادات، وَلِأَنَّهُ يقذفه ليدفع صاحبه إن اتبعه، فأَمَّا إِذَا ناوَلَهُ صاحباً لَهُ فَلَمْ يوجد كمال الهتك من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وروي عَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﵀ أَنَّهُ فسَّـره فَقَالَ: إن أَدْخَـلَ الخارج يده لَمْ يُقطع واحـد مِنْهُمَـا، وَإِنَ أخرج الداخل يده قُطع الداخل خاصة، وَقَـالَ فِي الَّذِي يَكُونُ فِي طريق من الطرق فيضع متاعه حيث يكون حَافِظَاً لَهُ، فيجيء إنسانٌ فيسَرَقَ مِنْهُ،

---

(١) المقصود بِهِ زرنيخ إزالة الشعر، وَهُوَ نفس النورة

(٢) هُوَ مسحوق أوكسيد الحديد وَقَدْ يكون أصفر أَوْ أحمر بنياً، يستخدم فِي الطلاء.

(٣) الزمرد.

قَـالَ: يُقطع لما مر[1] أنَّ مثل هَذَا يعد حفظاً كاملاً فِي السَّـفَرِ، وَقَالَ فِي القطار من الإبل يسير فيسَرَقَ رجلٌ مِنْهُ بعيراً أَوْ حملاً عَلَى بعيرٍ، أَنَّهُ لَا يُقطع، وَإِنَ شق حملاً فسَرَقَ مِنْهُ قطع لما قلنا من قبل.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب: لما قلنا من قبل

[بَابٌ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ]

٥٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ بِالمِصْرِ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً، أَوْ بَينَ الْكُوفَةِ وَالحِيرَةِ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً؛ قَالَ: لَا يَكُون قَاطِعاً لِلطَّرِيقِ.

وَهُوَ الفقه فِي المسألة، لِأَنَّ الحد مشروعٌ بقطع الطَّرِيق وَلَمْ يوجد، لِأَنَّ المارة لَا تنقطع فِي هَذَا الموضع فَلَمْ يجب لعدم سببه، ولأَنَّ الطَّرِيق محفوظٌ بالسلطان، فقطع الطَّرِيق سرقة مِنْهُ، وَهَذَا لَيْسَ بسرقةٍ من الإمام بَلْ هُوَ اختلاسٌ مِنْهُ، وَلَا قطع فِي الخلسة[1].

٥٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ شَهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحاً بِلَيلٍ أَوْ نَهَارٍ، فَقَتَلَهُ المَشْهُورُ عَلَيْهِ عمداً؛ قَالَ: لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، وَإِنَ شَهَرَ عَلَيْهِ عَصاً نَهَاراً فِي مِصرٍ فَقَتَلَهُ قُتِلَ بِهِ، وإِنْ كَانَ بِاللَّيْلِ فَلَيْس عَلَيْهِ شيء، وإِنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ الْمِصْرِ فَهُوَ مِثْلُ اللَّيْل، ولَيْس عَلَيْهِ شَيْءٌ.

أَمَّا السلاح فلأنَّه لَا يلبث فيحتاج إِلَى الدفع فيجعل هدراً، وَأَمَّا العصا فتلبث فيمكنه أن يستعين بغيره إِلَّا فِي اللَّيْل، وإِنْ كَانَ مِمَّا يلبث فيحتمل أَنْ يَكُونَ مثل

(١) لأنَّه لَيْسَ فِي مكان خال. حاشية أ

السـلاح عندهما، والطريق مثل اللَّيْل بكل حال، وَقَـالَ فِيمَنْ أَدْخَلَ يده فِي الحرز يده فأخرج مَتَاعَاً وَلَمْ يدخله، أَنَّهُ لَا يقطع لما قلنا أَنَّهُ لَمْ يتكامل فعله.

وَقَـالَ فِيمَـنْ أُخذ قبل أن يُخـرج المتاع من الدار أَنَّهُ لَا يُقطع لمـا قلنا أَنَّهُ لَمْ يتكامل فعله.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ فِي يَدِ صاحـب الْمَال باعتبار الدار قَـالَ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ دَاراً فِيهَا مقاصير [فسَـرَقَ][1]؟ فأخرج من مقصـورة مِنْهَا إِلَى الصحن أَنَّـهُ يُقطع، لِأَنَّ كُلَّ مقصورة بِمَنْزِلَةِ الدار عَلَى حدة، وَكَذَلِكَ إن سَـرَقَ بعضُ أَهْل المقاصير من بعض قُطـع لما قلنا أنَّ كل وَاحِدَة مِنْهَـا بِمَنْزِلَةِ دارٍ عَلَى حدة، وَقَالَ: لَا يُقطع فِي أقل من عشرة دَرَاهِمَ حَتَّى يسَرَقَ عشرة دَرَاهِمَ فصاعداً.

وأصله: أنَّ النِصاب شـرطٌ بدلالة الْكِتَـاب، لِأَنَّ الله تَعَالَى قَالَ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ [المائـدة: ٣٨]، وَإِنَّمَـا يحتاج المرء إِلَى المسـارقة فِيمَـا يحرز ويحفظ ويعظم خطره.

وَقَدْ اتفقت الأخبار عَلَى إيجاب أصل النصاب، ومن النَّاس من لَمْ يشـترط، وَاحْتَجَّ بقولِهِ ﷺ: (لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ يَسرَقَ الْحَبْلَ فَتُقْطَعَ يَدُهُ، وَيَسرَقَ الْبَيْضَةَ فَتُقْطَعَ يَـدُهُ)[2]، وتأويله عندنا إِنَّمَا يبتدئ مـن الحقير فيعتاده فيُفضي بِهِ إِلَى الكثير فتقطع يده، فنُسب إِلَى الابتداء لما صَارَ سبباً للكثير، وَذَلِكَ غاية النصح للمسلمين.

---

(١) فِي ب

(٢) الحديث متفقٌ عَلَيْهِ بلفظ (لعنَ اللهُ السَّارِق يسَرَقَ البيضةَ فتقطعُ يدهُ ويسَرَقَ الحبلَ فتقطعُ يده).

رواه البخاري برقم/ ٦٧٨٣/ ، ومسلم برقم/ ١٦٨٧/ .

واختلفت الأخبار فِي المقدار، فورد فِي بعضها عشرة دَرَاهِمَ، وَذَلِكَ فِي حديث[1] ابن مسعود رضي الله عنه وغيره، وورد ربع دينار فِي حديث[2] ابن عمر[3] وغيره رضي الله عنهم، فوجب الأخذ بالأكثر احتياطاً فِي الحدود.

[مطلب: فيمن سرق شاة فذبحها أو سرق ثوباً فشقه]

وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ شاةً فذبحها فِي الدار ثُمَّ أخرجها وَهِيَ تُسَاوِي عَشْرَة دَرَاهِمَ، قَالَ: لَا يُقطع، لِأَنَّ السرقة إِنَّمَا تتم علةً عند الإخراج وَمَا تمت إِلَّا والمسروق لَا يصلح نصاباً، لِأَنَّهُ صَارَ طَعَامَاً لَا يدّخر، فَلَمْ ينعقد علة للحد.

وَقَالَ فِيمَنْ سَرَقَ ثَوْبَاً فشقه فِي الدار ثُمَّ أخرجه وَهُوَ يُسَاوِي عَشْرَة دَرَاهِمَ، قَالَ: يُقطع.

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ لَا يقطع، لِأَنَّهُ أخرجه وَلَهُ فِيهِ سبب ملك وَهُوَ الشق، فَلَمْ ينعقد فعله مع قيام ما هُوَ شبهة علة، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله: أنَّ الإخراج وجد والمال كاملٌ صورةً ومعنىً فتم علةً بخلاف المذبوح، فأمَّا الشق فعدوانٌ فَلَا يعتبر شبهةً قبل أن يثبت لَهُ حكم السببية، لِأَنَّ الشبهة هِيَ انعقاد سببٍ شرعيٍ للمِلك أَوْ بعض الحكم، وَلَمْ يوجد.

أَلَا تَرَى أَنَّ نفس الأخذ لَا يصلح شبهة؟ والغصب والأخذ مثل الشق فِي هَذَا، لِأَنَّهُ يحتمل أن يصير سبباً، وَقَالَ فِي السَّارِق تُقطع يده فِي السرقة: إِنْ كَانَتْ

---

(١) عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قَالَ: (لَا قطع إِلَّا فِي دينار أَوْ عشرة دَرَاهِمَ).

(٢) عن علي رضي الله عنه قَالَ: (لَا قطع فِي أقل من عشرة دَرَاهِمَ)، والحديثان عند الترمذي برقم/ ١١٤٦/، وَفِي الباب عن عبد الله بن عمرو وابن عباس رضي الله عنهم بلفظ النفس.

(٣) لعله ابن عمرو رضي الله عنه.

السـرقة قائمةً بِعَيْنِهَا ردها [عَلَى صَاحِبِهَا][(١)]، وإِنْ كَانَ استهلكها فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يردها لِأَنَّ القطع لما اسْـتَوْفَى ظهر سقوط العصمة لَا سقوط الملك فوجب الرد، كمن غصب رَجُلَاً عصيراً فَصَارَ فِي يَدِهِ خمراً، وَأَمَّا إِذَا اسـتهلكها لَمْ يَضْمَنْ عندنا، لِأَنَّ القطـع لما وجب بالْجِنَايَة عَلَى ما هُوَ حقٌّ خالصٌ للعبد صورةً ومعنىً اقتضـى تحويـل العصمة الَّتِي باعتبارها يصير الفعل عدوانـاً إِلَيْهِ، ولما كَانَ القطع حداً خالصاً [لَهُ][(٢)] اقتضى خلوص السـبب تعدياً بلا شـبهةٍ، وَلَا يثبت ذَلِكَ الأمر أن يصير العين محرمَ التناول بلا شبهة، وَذَلِكَ بتحويلها إِلَى صاحب الشرع، ليصير باختلاف النسـبة كاملة بلا شـبهة، ثُمَّ ظهرت ثمرته للعباد لصيانة أموالهم، فَصَارَ نظراً وعصمة فِي العاقبة، وَإِنَّمَا الأمور بعواقبها.

٥٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي السَّـارِقِ سَرَقَ الثَّوْبَ فَتُقْطَـعُ يَدُهُ، وَقَـدْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ؛ قَـالَ: لَيْسَ لِصَاحِبِهِ عَلَيْهِ سَـبِيلٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى السَّـارِقِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يَأْخُذُهُ صَاحِبُهُ وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ فِيهِ لَيْسَ لَهُ غَيرُ ذَلِكَ، وَإِنَ صَبَغَهُ أَسْوَدَ أُخِذَ فِي قَوَلَهُمْ جَمِيْعَاً، وقول أَبِي يُوسُفَ ﷺ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وجه قـول محمَّد ﷺ: أنَّ الصبغ لَمْ يوجب اسـتهلاك [العيـن و][(٣)] الثوب بوجه من الوجوه، فَلَا يقطع الحق كالغاصب بصبغه.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله: أنَّ صَبَغَ السَّارِق فِي الثوب قائمٌ من كل وجهٍ صورةً ومعنىً، حَتَّى إِذَا أخذه صاحبه ضَمِنَ لَهُ ما زَادَ فِيهِ، وحقُّ صاحبِ الثوب فِي الثوب باقٍ صورةً بلا معنى لما قلنا أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إن استهلكه أَوْ هَلَكَ عنده، فَصَارَ حق السَّارِق أحق بالترجيح، كالموهوب لَهُ إِذَا صَبَغَ انقطع حق الواهب لما قلنا، فوجب الترجيح بالوجود أولاً.

وَفِي مسألة الغصب استويا فِي الوجود، فوجب الترجيح بالبقاء، والله أعلم.

وَأَمَّا السواد فَلَا يعدُّ زيادة عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، فَلَا يقطع الحق، وعند محمَّد رحمه الله هُوَ مثل الخمر، وعند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله ينقطع حق المالك، ومعنى قولَهُ: (فِي قَوْلَهُمْ) يريد أَبَا حَنِيفَةَ رحمه الله ونفسه أي محمَّد رحمه الله، ومتى انقطع الحق لَمْ يَضْمَنْ، كما إِذَا استهلكه، وعند محمَّد رحمه الله لَيْسَ لَهُ أن يدعه، فيضمنُه بخلاف الغصب لما قلنا.

٥٧٩- مسألة

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقْطَعُ الطَّرِيقَ فَيَأْخُذَ الْمَالَ، وَلَمْ يَقْتُلْ؛ قَالَ: لِلإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ وَرِجْلَهُ مِنْ خِلَافٍ، وَلَا يَقْتُلُهُ، وَإِنْ قَتَلَ وَلَمْ يَأْخُذْ الْمَالَ؛ فَلِلإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَهُ، وَإِنْ قَتَلَهُ وَأَخَذَ الْمَالَ؛ فَلِلإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ وَرِجْلَهُ مِنْ خِلَافٍ ثُمَّ يَقْتُلُهُ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَرِجْلَهُ مِنْ خِلَافٍ ثُمَّ صَلَبَهُ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُ ثُمَّ صَلَبَهُ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُ. وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْ مَالاً وَلَمْ يَقْتُلْ، طَلَبَهُ فَإِذَا وَجَدَهُ[1] أَوْجَعَهُ ضَرْبَاً، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ أَرْبَعِينَ سَوْطَاً، وَيَسْتَودِعُهُ السِّجْنَ حَتَّى يُحدِثَ تَوْبَةً. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: مِثْلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: إِذَا

(١) فِي ب أخذه

قَتَـلَ وَأَخَذَ الْمَالَ صَلَبَهُ وَلَـمْ يَقْطَعْ يَدَهُ وَرِجْلَهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﵀: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ.

وقول محمَّد ﵀ مثل قول أَبِي يُوسُفَ ﵀ فِي أنَّ لَا يجمع بين القطع والقتل، واحتجا بحديث جبريل ﵇ فِي أصحاب أبي بردة أن من قتل وأخذ الْمَال صُلب، ولأنَّ الحد جزاء قطع الطَّرِيق وَهُوَ جنايةٌ وَاحِدَة كيف ما كَانَ فَلَا يجب الجمع بين حدين، لكن يجب التغليظ فِي وصفه[1]، ولِأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ قطع الطَّرِيق مفترقٌ مِنْ وَجْهٍ مجتمعٌ مِنْ وَجْهٍ فَصَارَ جزاؤه كَذَلِكَ أَيْضاً.

بيانـه: أنَّ قطع الطَّرِيق واحدٌ فِي التقديـر، لكن الَّذِي انقطع بِهِ الطَّرِيق مفترقٌ قُتـل وأُخذ، فوجب التخيير، إنْ شَـاءَ جمع بين القطع والقتل عَلَـى أَنَّهُ حدٌ واحدٌ مفترقٌ لَا أَنَّهُ جمعٌ، وَإِنْ شَاءَ جمع فغلَّظ فِي وصفه لاعتبار جهة الاتحاد[2]، وَلَيْسَ فِي الحديث نفي ما قلنا، فوجب الرجوع إِلَى القياس فِيمَا لَا نص فِيهِ، والصلب أن يُقتل ثُمَّ يُصلب، وَإِنْ شَاءَ الإمام صلبه ثُمَّ قتله بالرمح لَا بالصلب يُخضْخضُ بِهِ فِي ثندوته[3] حَتَّى يموت، وَإِنْ شَاءَ قتله بالصلب، والله أعلم.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يأخذ وَلَمْ يقتل فالسـبيل طلبه وضربه وحبسه، لقولَهُ تَعَالَى: ﴿أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ﴾ [المائـدة: ٣٣]، والنفي مـن كل الأرض بالحبس يكون، وَلَمْ يـرد فِيــهِ حد فوجب التعزير، وَذَلِكَ كله للإمام لأَنَّه حـدٌ، وقطع الطَّرِيق من جنس السـرقة، فَإِذَا وجب بِهِ الحد بطل بِهِ حق العَبْد فِي النفس والمال مَعَاً، كما قلنا فِي

(١) بأن صلب. حاشية أ

(٢) أي الدلالة إذ النص فِي حال الانفراد لَا الاجتماع. حاشية أ

(٣) الثندوة: ثدي الرَّجُل.

السـرقة، والشـافعي ﷺ جَعَلَ أصل القتل قصاصاً وانختامه[1] حداً، وَذَلِكَ باطلٌ لِأَنَّ النَّص جَعَلَ نفس القتل جزاء المحاربة فَصَارَ قولَهُ نسخاً للنص.

وَقَـالَ فِي قاطع الطَّرِيق بأي شـيءٍ قَتل قُتل لِأَنَّهُ حـدٌ لَا قصاصٌ، فَلَا يعتمد المماثلـة حَتَّى يُقتـل غيرُ المباشـر[2]، وَإِنَّمَا هُوَ نظير محاربة الكفار فيسـتوي فِيهِ الحديـد والعصـا والحجـر، وَإِنَ أَخَذَ وَقَدْ تاب بطـل الحد لقولَـهُ تَعَالَى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡ ﴾ [المائدة: ٣٤]، ولفوت الخصومة[3]، وَإِذا بطل الحد اعتبر القَوَدُ، فإِنْ كَانَ القتل مِمَّا يوجب القَوَدَ قتله الأولياء أَوْ عفوا.

٥٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَـالَ: لَا يُقطعُ مَنْ سَرَقَ أَبْوَابَ الْمَسْجِد لِأَنَّ ذَلِكَ غَيرُ مُحْرَزٍ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، فإن اعتاد هَذَا الفعل فيجب أن يعزر، ويبالغ فِيهِ ويُحبس حَتَّى يتوب.

وَقَـالَ: لَا يُقطـع فِي صيد البر وَلَا صيد البحر وَلَا فِـي طيرٍ، لِأَنَّ ذَلِكَ كله لَا يحرز عَلَى الكمال، فَصَارَ ناقص المالية، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَقَالَ: لَا يُقطع فِي شـرابٍ لِأَنَّهُ لَا يدّخر وَلَا يبقـى فَصَارَ ناقص المالية، فإِنْ

(١) هكذا فِي ب، وَفِي أ انحتامه بالحاء المهملة. ولتنظر

(٢) من حاشـية أ وثمرة الخلاف تظهر فِيمَا إِذَا باشـر القتل واحد من القطاع، عندنا يقتل الكل وعنده القاتل وحده، والمسألة تجيء بعد.

(٣) أي ردّ الْمَال علامة التوبة بفائت الخصومة. حاشية أ

كَانَ شـيء من ذَلِكَ يبقـى ويدخر وَهُوَ مالٌ بِالْإِجْمَاعِ يقطع بِـهِ، فإِنْ كَانَ المراد بِهِ الأشـربة المسـكرة فمنها ما لَيْسَ بمالٍ متقومٍ بِالْإِجْمَاعِ، ومنها ما لَيْسَ متقومٌ عند عامـة الفقهاء، ومنها ما لَيْسَ بمالٍ متقومٍ عند بعضهم فَصَارَ لَا يخلو عن الشـبهة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَقَالَ فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَرَاهِمَ فسَرَقَ مِنْهُ مثلها قَالَ: لَا يُقطع، وَإِنَ سَرَقَ عُرُوضَاً قُطع، لِأَنَّهُ إِذَا سَرَقَ مثلها فَصَارَ مستوفياً [حقه](1)، فإنَّما أخرج ملك نفسه، وَأَمَّا فِي العروض فَلَا يصير مسـتوفياً(2)، وَلَا ملـك وَلَا لَهُ فِيهِ حق، فوجب قطعه، وسرقة الدَّرَاهِم من الخواص.

[مطلب: في رد السرقة قبل أن ترتفع للقاضي]

وَقَالَ فِي السَّـارِق يرد الْمَال قَبْـلَ أَنْ يرتفعوا إِلَى القَاضِي لَمْ يقطع، وَإِنَ رفع إِلَـى القَاضِي فَأَقَرَّ بهَا وَهِـيَ فِي يَدِهِ قَضَى عَلَيْهِ بالقطع، ورد الْمَال إِلَى صاحبه، أَمَّا

---

(1) حقه فِي ب

(2) قَالَ العلامة المحقق ابن عابدين الدمشـقي: قولَهُ: (وأطلق الشافعي أخذَ خلاف الجنس) أي النقود أَوْ العروض، لِأَنَّ النقود يجوز أخذها عندنا عَلَى ما قررناه آنفا قَالَ القهسـتاني: وفيـه إيماء إِلَى أنَّ لَهُ أن يأخذ من خلاف جنسـه عند المجانسـة فِي المالية، وَهَذَا أوسـع فيجـوز الأخـذ بِهِ وإن لَـمْ يَكُنْ مذهبنا، فإنَّ الانسـان يعـذر فِي العمل بِهِ عنـد الضرورة كما فِي الزاهدي اهـ.

قلت: وَهَذَا ما قالوا أنّه لَا مستند لَهُ، لكن رأيت فِي شـرح نظم الكنز للمقدسـي من كِتَاب الحجر. قَالَ: ونقل جد والدي لأمه الجمال الأشقر فِي شرحه للقدوري أنَّ عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كَانَ فِي زمانهم لمطاوعتهم فِي الحقوق. والفتوى الْيَوْم عَلَى جواز الأخذ عند القدرة من أي مال كَانَ لَا سيما فِي ديارنا لمداومتهم للعقوق. اهـ رد المحتار ٤/ ٢٦٧

الرد قبـل المرافعة فتُبطل الخصومة، والخصومةُ شـرطٌ للقطع، وَذَلِكَ معنى قولَهُ تَعَالَى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ ﴾ [البقرة: ١٦٠] أي ردوا الأموال، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يرد حَتَّى قَضَى القَاضِي لَمْ يبطل الحدُّ بالرد، لِأَنَّ الحدَّ وجب لوجود شـرطه، وَإِنَّمَا يشـترط دوام العلة لَا دوام الشرط.

وَقَـالَ فِي قاطع الطَّرِيق إِذَا أَخذ وجَرح وَلَمْ يَقتل وَلَمْ يَأخذ مَالاً، قَالَ: يُقتصُّ بكل جراحةٍ يُستطاع مِنْهَا القصاص، [وأَخَذَ الأرش مِمَّا لَا يستطاع فِيهِ القصاص][1] لِأَنَّ الحدَّ لَمْ يجب فَلَا يبطل حق العباد.

وإِنْ كَانَ أَخَـذَ الْمَال قُطع، وبطلت الجراحات[2] لما قلنا إنَّ الحدَّ والضمان لَا يجتمعـان، وَكَذَلِكَ إن قَتَـل قُتل وبطلت الجراحات، قَالَ: وَإِنَ أَخَذَ الْمَال وقَتل فقتلـه الإمـام وَلَمْ يقطعه لَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ ضمانُ ما أَخَذَ من الْمَال لما قلنا إنَّ الحد أقيم لذلك كله، فَلَمْ يبق للعبد عصمةٌ فِي مَالٍ وَلَا نفس.

قَـالَ [فِي قوم قطعـوا الطَّرِيق][3] فإن ولّـي رجلٌ منهم القتل قتلـوا جَمِيْعَاً، وَذَلِكَ عندنا، لِأَنَّ القتل حدٌّ وَهُوَ جزاء المحاربة التامة بالقتل عندنا لَا جزاء القتل، وَإِذا دَخَلَ فِي قطع الطَّرِيق قتلٌ صَارَ كاملاً، وصار بصفة الكمال مضافاً إِلَى الكل، فيصير مَنْ قَتَلَ ومَنْ لَمْ يقتل فِيمَا لَيْسَ بجزاء القتل سواء، ولما قَالَ الشافعي ﷺ إنَّ أصله قصاصٌ وانختامه حدٌّ لَمْ يَصِحَّ أن يقتل إِلَّا المباشـر، وَذَلِكَ فرعٌ فِي الحقيقة لمسألة القطع والضمان مع أنَّا قَدْ بينا فساده.

---

(١) فِي ب

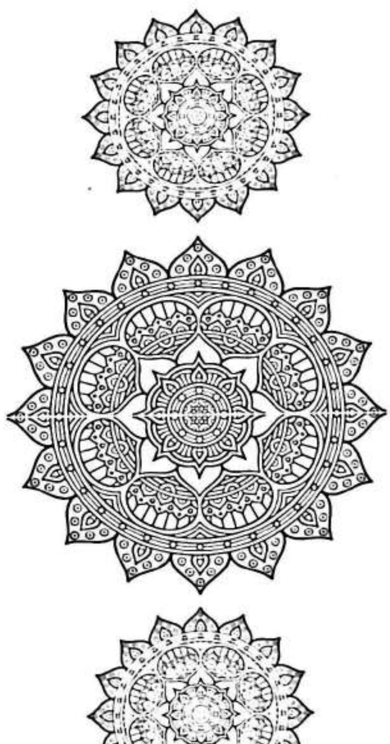
(٢) أي بطل أرشها.

(٣) فِي ب

[مطلب: فِي قاطع طريق ذو رحم محرم]

وَقَـالَ إِنْ كَانَ فِي قطاع الطَّرِيـق ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الَّذِي قطع عَلَيْهِم الطَّرِيق لَمْ يجب الحدُّ عَلَيْهِم، لِأَنَّ هَذَا الفعل لَمْ ينعقد سـرقة من ذي الرحـم المحرم لِأَنَّهُ مـأذونٌ بالدخول فِي الحرز، والحـرز هاهنا هُوَ الإمام، والقافلـة هم المحرِزون، والـذي هُوَ ذو الرحم المحَرم منهم كأنَّه رجلٌ منهـم، وَلَوْ قطع بعض القافلة عَلَى بعض الطَّرِيق لَمْ يجب الحد، وكما لو سَـرَقَ لَمْ يُقطع، فَإِذَا لَمْ ينعقد السـبب فِي حقـه صَارَ شـبهة فِي حـق الباقين، وَإِذا بطل الحـد وجب القَـوَدُ، وكان ذَلِكَ إِلَى الأولياء، والله أعلم.

١١- كِتَابُ السِّيَرِ



[بَابُ الارْتِدَادِ وَاللَّحَاقِ بِدَارِ الحَرْبِ]

٥٨١- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ يَرْتَدَّانِ عَنْ الْإِسْلَامِ، وَيَلْحَقَانِ بِدَارِ الحَرْبِ فَتَحْبَلُ امْرَأَتُهُ هُنَاكَ، وَتَلِدُ ثُمَّ يُظهَر عَلَى وَلَدِهَا. قَالَ: هُوَ فَيْءٌ ويُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَام، وَإِنْ وُلِدَ لِوَلَدِهِمَا وَلَدٌ ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى وَلَدِ الوَلَدِ، قَالَ: هُوَ فَيْءٌ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ.

وأصله أنَّ الْإِسْلَام يثبت فِي الصَّغِير تبعية الأبوين أَوْ أحدهما، وَلَا يثبت بتبعية الجدِّ، وَذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ والمعقول.

أَمَّا الْإِجْمَاع فلأنَّ الحكم بالكفر جارٍ عَلَى العباد مع أنَّهم أولاد آدم وحواء ونوحٍ عليهم السلام.

وَلَمْ يثبت فيهم حكم الْإِسْلَام بحكم آبائهم الأولين.

و[أَمَّا][1] المعقول أنَّ الحكم إِذَا اقتصر عَلَى كل الجنس لَمْ يَكُنْ بعض المقادير أحقَّ من بعض، فوجب القصر عَلَى الأدنى، فَلَمَّا بطل الحكم بِالْإِسْلَامِ بالجدِّ الأعلى بالنَّص والإجماع، لَمْ يجز التعدي عن الأب والأمِّ إِلَى بعضٍ دون بعضٍ بلا دليلٍ، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا بالمعقول لما كَانَ المرتد مجبوراً عَلَى الْإِسْلَام كَانَ فِيهِ رجاء الْإِسْلَام فوجب أن يثبت ذَلِكَ فِي ولده كما ثبتت حقيقته، وَلَا يثبت

(١) فِي ب

فِـي ولد الْوَلَد باعتبار الجدِّ لما قلنـا، وَلَا يثبت فِي ولد الْوَلَد باعتبار أبيه لِأَنَّ ذَلِكَ فِي أبيه لَمْ يثبت حقيقة، وَإِنَّمَا يثبت حكماً تبعاً لأبيه.

وَإِنَّمَـا وجبت التبعية للأصل فِي نفس الْإِسْـلَام أَوْ فِي شـبهته، فأمَّا لمن هُوَ تابعٌ لغيره فَلَا، لِأَنَّهُ حينئذٍ يصير الْوَلَد الْأَوَّل بتابعه تابعاً، فيعود الأمر إِلَى ما أنكرنا من التعدي إِلَى الجدِّ، وَأَمَّا السـبي فلأنَّ المرتدة تسـبى، والولد يتبع الأمَّ فِي الرق والحرية.

أَلَا تَرَى أَنَّ المرتدة وولدها حربيون لَا يَتحتم قتلهم فحل اسـترقاقهم؟ وَهَذَا الحكم الَّذِي قلنا فِي الَّتِي تحبل فِي دارنا ودارهم واحد.

٥٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي قَوْمٍ عَـرَبٍ مِنْ أَهْلِ الْكِتَاب أَرَادُوا مِنَّـا أَنْ نَأْخُذَ مِنْهُم الخَرَاجَ فَيَكُونُون ذِمَّةً لَنَا. قَالَ: يَفْعَلُهُ وَلَا بَـأْسَ بِـهِ. وَإِنَ ظَهَرنَا عَلَيْهِم قَبْـلَ أَنْ نُعْطِيَهُم مِنْ ذَلِكَ شَـيْئاً فَهُم [كُلُّهُم][(١)] رِجَالَهُم وَنِسَاؤهم [وَصِبيانهُم][(٢)] فَيْءٌ.

وأصله قولَهُ تَعَالَى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ ﴾ [التوبة: ٢٩]، وَلَمْ يفصل[(٣)]، بَلْ الظاهر أَنَّها نزلت فِي العرب، وأَنَّ

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) أي بين أَهْل الْكِتَاب من العرب وبين أَهْل الْكِتَاب من العجم. حاشية أ

النَّبِـيَّ ﷺ صالـح أَهْل نجران وهم نصارى العرب عَلَى ألـف ومئتي حُلة[1]، وأنَّ عمر رضي الله عنه طلب الجزية من بني تغلب وهم نصارى العرب، ولأنَّ فِي كفرهم ضرب خِفةٍ بسـبب الْكِتَاب، فيصح تقريرهم بالجزية، فإن ظهرنا عَلَيْهِم كانوا فيئاً جَمِيْعَاً، لِأَنَّـهُ لما صـحَّ تقريرهم عَلَى كفرهم بالجزية صحَّ تقريرهـم بضرب الرق، لأَنَّهما يعتدلان فِي المعنى.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الرقيق يصير منـا دَاراً كالذمي؟ وإنَّ رقه رفـق يعود إلينا جملة، كالجزية تعود إلينا دارّة راتبة.

قَـالَ: وَأَمَّا مشـركو العرب من أَهْل الحـرب فإنَّهم إِذَا طلبـوا منا أن يعطونا الخـراج فيكونوا ذمةً لنـا لَمْ ينبغ لنا أن نفعـل ذَلِكَ، فإن ظهرنـا عَلَيْهِم فصبيانهم ونسـاؤهم فيءٌ، وَلَا يجبرون عَلَى الْإِسْـلَام، وُيعرض الْإِسْلَام عَلَى رجالهم، فإن أسلموا وإلا قتلوا.

وأصله قولَـهُ تَعَالَى: ﴿إِلَىٰ قَوْمٍ أُوْلِي بَأْسٍ شَدِيدٍ تُقَٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦]، وَذَلِكَ فِي مشركي العرب، وبقولَهُ تَعَالَى: ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥]، وَإِنَّمَا نزل فِي مشركي العرب الَّذِينَ كَانَ بين رسول الله ﷺ وبينهم عهد، ولأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يأخذ جزية من أحدٍ من مشركي العرب، وذكر ابن عباس رضي الله عنهما أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يقبل من مشـركي العرب إِلَّا الْإِسْـلَام أَوْ السـيف،

(١) الحديث رواه البيهقي فِي السـنن الكبرى برقم/ ١٩١٤٩/ ، ونص الحديث (قالَ وأخبرنا إبراهيـمُ أنبأنا إسـحاقُ بنُ عبـدِ الله: أنَّهمْ كانوا ثلاثمائةٍ فضـربَ عَلَيْهِمُ النَّبـيُّ ﷺ يَوْمَئِذٍ ثلاثمائةِ دينارٍ كلَّ سنةٍ).

قالَ الشّافعيُّ رحمه الله: ثمَّ صالحَ أهلَ نجرانَ عَلَى حللٍ يؤدّونها إليهِ فدلَّ صلحهُ إيّاهمْ عَلَى غيرِ الدّنانيرِ عَلَى أنّهُ يجوزُ ما صولحوا عَلَيْهِ).

ولأنَّ كفرهــم ازداد غلظاً، فأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ منهم فِي النســب، ونــزل الْقُرْآن بلغتهم، وكان ذكــراً لهم عَلَى الخصــوص، فصاروا نظير المرتدين، ولمَّــا لَمْ يجز بقاؤهم عَلَى الكفر بالجزية بِالْإِجْمَاعِ لَمْ يجز إبقاءهم عَلَيْهِ بالاسترقاق أَيْضَاً، لأَنَّهما سواء عَلَى ما قلنا خلافاً للشافعي رَحِمَهُ اللهُ، وَأَمَّا نساؤهم فيءٌ وصبيانهم أَيْضَاً، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سبى ذرية أوطاس، وسبى ذرية هَوازِنَ، ولأنَّ قتل هؤلاء حرام فصح استرقاقهم.

أَلَا تَــرَى أَنَّ [كلَّ][(١)] من يحل قتله صحَّ اســترقاقه إِذَا لَــمْ يجب قتله فهؤلاء أحق، وَأَمَّا مشــركو العجم فيجوز اســترقاقهم بِالْإِجْمَاعِ، لإجماع الْمُسْلِمِينَ عَلَى ذَلِكَ، ولمَّا جَازَ ذَلِكَ صحَّ تقريرهم عَلَيْهِ بالجزية أَيْضَاً لما قلنا.

وأصله كِتَــاب الله تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وقولَهُ ﷺ فِي مجوس هجر: (سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَاب غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ، وَلَا آكِلِــي ذَبَائِحِهِمْ)[(٢)] وهم مِــن العجم، وَلَا كِتَاب للمجوس، وَإِنَّمَا هم مشــركون صريحاً يرجعون إِلَى زرداشــتَ اللعيــن، وعمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ضرب الجزية عَلَى أَهْل ســواد العراق، وهم مجوسٌ، وَأَمَّا المرتدون إِذَا غلبوا عَلَى مدينة ثُمَّ طلبوا منَّاً إعطاء الجزية لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُم لقولَهُ تَعَالَى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦]، قيل إِنَّها نزلت فِي المرتدين، وبقول النَّبِــي ﷺ: (مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ)[(٣)]، ولإجماع الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فِي

---

(١) فِي ب

(٢) رواه ابن أبي شــيبة فِــي المصنف برقم/ ١٦٥٨١/ ، والحارث فِي مســنده برقم/ ٦٦٢/ ، ولفــظ الحديث (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كتــبَ إِلَى مجوسِ أهلِ هجرَ يعرضُ عَلَيْهِمَ الْإِسْــلَام فمنْ أسلمَ قبلَ منهُ ومنْ لمْ يسلمْ ضربَ عَلَيْهِ الجزيةَ غيرَ ناكحي نسائهمْ وَلَا آكلي ذبائحهمْ).

(٣) رواه البخــاري برقم/ ٢٨٥٤/ ، وأبــو داود برقم/ ٤٣٥٣/ ، وابــن ماجه برقم/ ٢٥٣٥/ ، والترمذي برقم/ ١٤٥٨/ ، وغيرهم

أَهْل الردة حَتَّى قاتلهم أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهم لَمْ يقبلوا منهم إِلَّا السيف أَوْ الْإِسْلَام، ولأَنَّ تقريرهم باطلٌ لما فِيهِ من ترك الفرض وَهُوَ القتل، وتسبى نساؤهم وصبيانهم، لما روينا فِي أَهْل الردة، وأَنَّ أصحاب النَّبي ﷺ أجمعوا عَلَى ذَلِكَ فِي نسائهم وصبيانهم حَتَّى وقع فِي سهم علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الحنفية فوُلد لَهُ مِنْهَا محمَّد بن الحنفية.

[بَابٌ فِيمَا يُحْرِزُهُ العَدُّو مِنْ عَبِيدِ الْمُسْلِمِينَ وَمَتَاعِهِمْ]

٥٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ لِرَجُلٍ أَسَرَهُ العَدُّو فَاشْـتَرَاهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْـلِمِينَ فَأَخْرَجَهُ فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ فَأَخَذَ الْمَوْلَى أَرْشَهَا، ثُمَّ جَاءَ الْمَوْلَى الْأَوَّل بِكَمْ يَأْخُذُ العَبْدَ؛ قَالَ: بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنَ العَدُّو.

وأصلـه أنَّ الكفـار إِذَا أخذوا منا شَـيْئاً وأحـرزوه بدارهم ملكـوه، حَتَّى إِذَا أسـلموا أَوْ صاروا ذمةً كَانَ ملـكاً لهم ملكاً صحيحاً، وَإِذا اشْـتَرَاهُ منهم رجلٌ مِنْ الْمُسْـلِمِينَ أَوْ ملكـه بغنيمةٍ أَوْ هبةٍ كَانَ ملكاً للرجـل ملكاً صحيحاً، وكان المالك القديـم أحق بِـهِ بِمَا قَامَ عَلَى هَـذَا الذي هُوَ فِي يَـدِهِ، لِأَنَّ الحديـث قَدْ روي عَنْ رَسُـولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ للمالك القديم حق الأخذ بالثمن إِنْ شَـاءَ، لأنَّا نجعل فِي حق ما بين الْمُسْلِمِينَ كَانَ لَمْ يَمْلِك عَلَى الْمُسْلِم، لَكِنَّهُ لما صحَّ ملك الكافر وجب أن يصح ملك الْمُسْلِم لَا محالة، ومن ضرورة صحته أن يُجعل فِي حق هَذَا الملك كالمبتدأ، فَلَمْ يثبت لَهُ حق فِي الأرش.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو ثبت لثبت ابتداء؟

والدراهم لَا تؤخذ، لِأَنَّ أخذها بمثلها لَا يفيد، وبالزيادة والنقصان ابتداءً رباً، وَإِذا ثبت أَنَّهُ لَا يأخذ الأرش لَمْ يحط شـيء من الثَّمَن بسـبب الأرش، لِأَنَّ الفائت وصفٌ لَا يقابله ثمنٌ، وَقَدْ فات فِي مِلْكٍ صحيحٍ.

٥٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ارتَدَّ عَنْ الْإِسْلَامِ فلَحِـقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بِمَالٍ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ؛ قَالَ: فَهُوَ فِيْءُ، وَلَا يُـرَدُّ عَلَى الوَرَثَةِ. وَإِنَ لَحِقَ بِدَارِ الْحَـرْبِ ثُمَّ رَجَعَ فَأَخَذَ مَالاً مِنْ مَالِهِ فَلَحِق بِهِ مَعَهُ، ثُمَّ ظَهَرْنَا عَلَى مَالِهِ، قَالَ: يُرَدُّ عَلَى الوَرَثَةِ، كَمَا يُرَدُّ عَلَى غَيرِهِم.

أَمَّـا الَّذِي لحق بِهِ مع نفســه أول مـرة فَلَمْ يجب للورثة [فِيـهِ][(1)] حق، وَإِنَّمَا يجب حقهم بعد اللحوق بدار الحرب.

وَأَمَّا الثَّانِي فَقَدْ صَارَ لهم بلحاقه، فَصَارَ الاسـتيلاء عَلَيْهِ من جهته كالاستيلاء عَلَى سائر أموالهم، وكاستيلاد غيره عَلَى ذَلِكَ، وَهَذَا لَا يشكل إِذَا رَجَعَ بعد قضاء القَاضِـي، فأَمَّـا قبل القضاء، فجـواب هَذَا الْكِتَاب لَا يوجـب الفصل، وَفِي بعض روايات السير الصَّغِير قَالَ: لَا حق للورثة فِيهِ، ويكون فيئاً.

ووجه ذَلِكَ أَنَّ الحق إِنَّمَا يثبت بالقضاء.

٥٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مُكَاتَبٍ ارتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَاكْتَسَـبَ مَالاً فَأُخِذَ، وَذَلِكَ الْمَال فِي يَدِهِ، فَأَبَى أَنْ يُسَلِّمَ، فَقُتِلَ؛ قَالَ: يُؤَدِّي مَوْلَاهُ مُكَاتَبَتِهِ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ.

وَقَـالَ فِي كِتَاب العتاق: هَذَا استحسـان، والقياس: أَنْ يَكُـونَ كله لمَوْلَاهُ إِنْ

(١) فِي ب

كَانَ عَبْدًا، أَمَّا عندهما فَلَا يشكل، لِأَنَّ كسب الردة عندهما من المرتد ألحق مِيرَاثًا، فَكَذَلِكَ هَذَا، وعند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كسب المرتد فِي حال الردة فيءٌ، وكسب الْمُكَاتَب لَا يَكُون فيئًا، لِأَنَّ تصرف المرتد موقوف عنده، فَلَمْ يَمْلِك المَكَاسب فِي حال الردة، فَصَارَ لبيت الْمَال، فأَمَّا الْمُكَاتَب المرتد فإِنَّ تصرفاته جائزةٌ غير موقوفةٍ لما عرف أَنَّ الكتابة لَا تبطل بالموت، فَلَا يتوقف باستحقاق القتل، فصحت مَكاسبه لَهُ، فَصَارَ كمكاسب الْإِسْلَام.

[بَابٌ مِنْ الدُّيُونِ وَالغُصُوبِ وَغَيرِهِمَا]

٥٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُسْلِمِ يَدْخُلُ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ، فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ دَيْنَاً، ثُمَّ خَرَجَ الحَرْبِيُّ إِلَينَا مُسْتَأمِنَاً، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِدَيْنِهِ؛ قَالَ: لَا يُقْضَى لَهُ بِشَيْءٍ. وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمُسْلِمُ هُوَ الَّذِي أَدَانَ الحَرْبِيَّ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَدَانَ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّاً، ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأمِنَينِ، وَلَوْ خَرَجَا مُسْلِمَينِ فِي الْمَسْأَلَتَينِ جَمِيْعَاً قُضِي بِالدَّيْنِ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

وَذَلِكَ لِأَنَّ مداينة أَهْل الحرب ومعاملاتهم هدرٌ فِي حقنا، وَلَا ولاية لنا عَلَيْهِم وَلَهُم، إِلَّا فِيمَا استأمنوا لَهُ وَهُوَ لقضاء الحوائج فِي المستقبل، فأمَّا فِيمَا مَضَى فَلَا، فإن صارا مسلمين وجب القضاء، لِأَنَّ تلك المعاملة كَانَتْ بالتراضي، وكانت صحيحةً، إِلَّا أَنَّا لَمْ نتعرض لَهُمَا لما قلنا من انقطاع الولاية، فأما إِذَا أَسْلَمَا وجب القضاء لقيام الولاية.

قَالَ: وَلَوْ اغتصب أحدهما صاحبه غَصْبَاً فِي المسألتين جَمِيْعَاً، ثُمَّ خرجا مسلمين، لَمْ أقض شيء مِنْهُ، لِأَنَّ غصب أحدهما يتناول مَالاً لَا عصمة لَهُ، فَصَارَ لَهُ ملكاً، فَلَمْ يجب القضاء فِيهِ بِشَيْءٍ.

قَالَ: إِلَّا أني أَمَرَ الْمُسْلِم الَّذِي دَخَلَ إليهم بأمان إِذَا غصب شَيْئاً من مالهم مِنْ رَجُلٍ منهم ثُمَّ خرجا مسلمين أن يرده عَلَيْهِم، وَلَا أقضي عَلَيْهِ بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ بتناول مالهم صَارَ ناقضاً لعهده، والوفاء بالعهد واجبٌ، وصار ذَلِكَ مِلكاً لَهُ، لِأَنَّ أخذه

تناول مالٍ لَا عصمة لَهُ إِلَّا أَنَّهُ فسـد لما فِيهِ من نقص العهد، فأشـبه المشترى شراءً فَاسِدَاً.

٥٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الذِّمِّيِّ يَنْقُضُ العَهْدَ، ويَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ قَالَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ المُرْتَدِّ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ.

وَإِنَّمَـا أراد بِهِ فِي حق الحكم بموته، وقسـمة أموالـه، وعتق مدبريه وأمهات أولاده، وأنّه إِذَا حمل شَيْئاً مِنْ مَالِهِ، كَانَ الجواب فِيهِ ما قلنا فِي المرتد، فَصَارَ مثله فِي حال لحاقه.

وَقَدْ ذكر فِي السير الصَّغِير أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المرتد، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أُسر صَارَ فيئاً، بخلاف المرتد، لِأَنَّ تقريره عَلَى كفره جائزٌ، وقبله غير لازمٍ من قبل أَنَّهُ لَمْ يلتزم الْإِسْلَام، وَإِنَّمَا التزم أحكام الْإِسْلَام بالذمة، فَلَا بَـأْسَ بأن يعود إليها، وَأَمَّا الذمي إِذَا نَقَضَ العهد جَازَ أن يُسترق، وجاز أن توضع عَلَيْهِ الجزية.

٥٨٨- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي حَرْبِيٍّ دَخَلَ دَارَنَا(١) بِأَمَانٍ فاشْتَرَى عَبْدَاً مُسْلِمَاً، فَأَدْخَلَهُ دَارَ الحَرْبِ مَعَهُ، قَالَ: يَعْتِقُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَا يَعْتِقُ.

لِأَنَّ استحقاق الإزالة كَانَ بطريق البيع، وَقَدْ انتهى ذَلِكَ بالرجوع إِلَى دار الحرب، بعجز الإمام عن إلزامه، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ الإزالة صَارَ مستحقةً عَلَيْهِ، غير أَنَّ قيام الأمان أوجب تقويم ماله، فتعين البيع، فَلَمَّا انتهى أمانه بالعَود سقطت

---

(١) فِي ب: إلينا

عصمة مالــه فتعين العتق مخلصاً للعبد، وَقَدْ عجز الإمام عن إعتاقه، فأقام شــرط الــزوال مقــام علته عند العجز عن اعتبار العلة والإحراز بالدار فِي حق المســتأمن شــرطٌ انقطاع عصمته، وَهَذَا كالحربي إِذَا أَسْلَمَ فِي دار الحرب وَلَهُ امرأةٌ وثنيةٌ، أَوْ أَسْلَمَت امرأته، أنَّها تبين مِنْهُ بمضي ثلاث حيض، لإقامة الشرط مقام العلة فِي أمرِ واجب الوجود، فَكَذَلِكَ ههنا.

٥٨٩- وَقَالَ فِي عَبْدِ الحَرْبِيِّ يُسْلِمُ فِي دَارِ الحَـرْبِ، ثُمَّ ظَهرنَا عَلَيْهِ وَعَلَى الدَّارِ، قَالَ: يَعْتِقُ.

لِأَنَّهُ يحتاج إِلَى أن يحرز نفســه بمنعه الْمُسْـلِمِينَ ليعتق، ويحتاج المسلمون إِلَى إحرازه ليملكوه، وإحرازه أسبق من إحرازهم، لِأَنَّهُ صاحب يد فِي نفسه، وَإِنَّمَا حاجته إِلَى ما يؤكد يده، وَأَمَّا المسلمون فيحتاجون إِلَى إثبات أيديهم ابتداء، فَصَارَ التأكيد أولى من ابتداء الإثبات.

٥٩٠- وَقَـالَ فِي المرتد يَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَلَهُ مدبر يخرج من ثلثه، قَالَ: يعتقه القَاضِي من ثلثه.

لِأَنَّ اللحــوق بدار الحرب بِمَنْزِلَةِ الموت عندنا شــرطُ قضــاء القَاضِي، فَإِذَا صَارَ كالموت عتق مدبره من ثلثه.

٥٩١- وَقَـالَ فِي عَبْــدٍ أَبَقَ إِلَى دَارِ الحَـرْبِ بِفَرَسٍ وَمَـالٍ[1] مَعَهُ، فَأَخَذَهُ الْمُشْرِكُونُ، فَاشْـتَرَاهُ رَجُلٌ مِنْ الْمُسْلِمِينَ وَمَا مَعَهُ مِنْ الْمَالِ، فإِنَّ مَوْلَاهُ يأخذ العَبْد بِغَيْرِ شيءٍ، ويأخذ الْمَال بِثَمَنِهِ إِنْ شَــاءَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُــفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَأْخُذُ الكُلَّ بِثَمَنِهِ إِنْ شَاءَ.

(١) فِي ب: متاع

وجـه قولَهُما: إنَّ العَبْـد صَارَ محرزاً، لِأَنَّهُ عبد يَمْلِك بسـائر أسـباب الملك، فيملك بهذا السبب أَيْضاً، فيملكه الْمُشْتَرِي منهم كما ملك ما مَعَهُ، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ العَبْد وقع فِي يَدِ نفسـه لانقطاع يد الْمَوْلَى عَنْهُ حقيقةً وحكماً، ويده الأصلية مَتَى ظهرت دَفعت الأيديَ القاهرة، كما إِذَا ظهرت بالكتابة، وَأَمَّا ما مَعَهُ فَقَدْ مُلك.

أَلَا تَرَى أَنَّ الحر إِذَا سُـبي مُلك ما مَعَـهُ؟ فهذا أولى، فَإِذَا مُلك وجب الأخذ بالثمن.

٥٩٢- قَـالَ: وَكَذَلِـكَ البَعِيرُ إِذَا نَدَّ إِلَيْهِم فَأَخَذُوهُ، ثُمَّ اشْـتَرَاهُ رَجُلٌ مِنْهُم فَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ، فَإِنَّ صَاحِبَهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ لما قلنا.

و[مَعَهُ]الَّذِي مَعَهُ من الخواص.

٥٩٣- وَقَـالَ فِي العَبْدِ يَـأْسِرُهُ أَهْلُ الحَرْبِ فَيَشْـتَرِيهُ مِنْهُـم رَجُلٌ بِأَلْفِ دِرْهَـمٍ، ثُمَّ يُؤسَرُ ثَانِيَةً، ثُمَّ يَشْـتَرِيهُ آخَرُ بِأَلْفٍ، قَالَ: لَا سَـبِيلَ لِلمَوْلَى الْأَوَّل عَلَيْهِ، لكنَّ الْمُشْتَرِي الأَوَّل يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الثَّانِي.

لِأَنَّ الأسـر فِي المرة الثانية إِنَّمَا وقع من يده، ويقال لِلمَوْلَى الْأَوَّل: إن شئت خـذه بالألفين أَوْ دَعْ، لِأَنَّ العَبْد إِنَّمَا قَامَ عَلَيْهِ بالألفين فَلَا يحط عن الْمَوْلَى القديم شيء من ذَلِكَ صيانةً لحق المأخوذ مِنْهُ.

٥٩٤- وَقَـالَ فِي الحَرْبِيِّ يَدْخُلُ إِلَينَا بِأَمَانِ سَـنَة كَانَ ذِمِّيّاً، وَيُجْعَلُ عَلَيْهِ الخَرَاجُ.

لِأَنَّ الحربـي لَا يترك ليطيل المقام فِـي دارنا فينبغي للإمام أن يتقدم عَلَيْهِ فِي أول ما يدخل حَتَّى لَا يطيل المقام، فَيَقُولُ إن أقمت سـنة جعلتك ذمياً، وَإِنْ شَـاءَ

الإمام قدره بأقل من ذَلِكَ، والرأي فِيهِ إِلَى الإمام، فَإِذَا مكث ما سماه جعله ذمياً، فاستأنف عَلَيْهِ الجزية بحول بعده[1]، إِلَّا أَنْ يَكُونَ شرط عَلَيْهِ أَنَّهُ إن مكث سنة أَخَذَ مِنْهُ الجزية، فيأخذها مِنْهُ.

٥٩٥- وَقَالَ فِي الحَرْبِيِّ يَدْخُلُ إِلَينَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى أَرْضَاً، قَالَ: إِذَا وضعَ عَلَيْهِ الخَرَاجُ صَارَ ذِمِّيَّاً.

معنى قولَهُ: (إِذَا وضع عَلَيْهِ الخراج) أي وُظف عَلَيْهِ، فَقَدْ لزمه حكمٌ يتعلق بالمقام فِي دارنا، فَصَارَ من ضرورته أَنْ يَكُونَ ذمياً، فيؤخذ مِنْهُ الجزية باعتبار المدة من وقت الوضع، وَكَذَلِكَ لو لزمه عُشرها فِي قياس قول محمَّد رحمه الله إِذَا اشْتَرَى أرضاً عُشرية، لأَنَّهما جَمِيْعَاً من مؤن الإقامة فِي دارنا.

۞ ۞ ۞

(١) أي أن الجزية إنما تؤخذ بعد السنة الثانية ما لَمْ يشترط عَلَيْهِ غير ذَلِكَ.

[بَابُ الأَرْضُ يسلم عَلَيْهَا أَهْلُهَا أَوْ تُفْتَحُ عُنْوَةً]

٥٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَـالَى، فِي الجَيْشِ يَظْهَرُونَ عَلَى مَدِينَــةٍ مِنْ مَدَائِــنِ الرُّومِ؛ قَالَ: الإِمَامُ فِي ذَلِكَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَــاءَ جَعَلَهُم ذِمَّةً، وَوَضَعَ عَلَيْهِم وَعَلَى أَرَاضِيهِم الخَرَاجَ، وَإِنْ شَــاءَ خَمَّســهُم، وَقَسَــمَ مَا بَقِي بَينَ الَّذِينَ أَصَابُوهُ.

الإمام فِيمَا فتح عنوةً من بلاد العجم مخيرٌ، إِنْ شَــاءَ قتل المقاتلة وســبى النِّسَاء والذرية وقســم الأموال كما فعل النَّبي ﷺ بأهل خيبر وغيرهم، وَإِنْ شَــاءَ منّ عَلَيْهِم برقابهم ونسائهم وأموالهم، ووظّف عَلَيْهِم الجزية والخراج، كما فعل عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بأهل السواد، وَإِنْ شَاءَ منّ عَلَيْهِم برقابهم وأراضيهم، وقسم سائر أموالهم، وَهَذَا مكروهٌ، إِلَّا أن يــدع لهم فِي ذَلِكَ ما يتوصلون بِهِ إِلَى العمل فِي أراضيهم، وَإِنَ منَّ عَلَيْهِم برقابهم وأموالهم دون الأراضي، فإنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَمْ يرد فِي الشرع، وَهُوَ ضررٌ محضٌ.

٥٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، ارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادٌ؛ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ، وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْــلَامِ، وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ، وَلَا يَرِثُ أَبَوَيهِ وَإِنْ كَانَــا كَافِرَينِ. وَهَــذَا أَيْضاً قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُــفَ رَحِمَهُ اللهُ: ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ، وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ.

أَمَّا إسلامه فصحيحٌ عندنا استحساناً إِذَا كَانَ يعقل، وَقَالَ زفر والشافعي رحمهما الله: أَنَّهُ لَا يصح، لِأَنَّهُ إقرار يُلزمه أحكاماً، فَلَمْ يصح مِنْهُ كإقراره بسائر الحقوق، قلنا[1]: إِنَّ أداء الإيمـان قَدْ وجد ممن هُوَ من أهله، فَصَـارَ كوجوده من البالغ، أَمَّا الأهلية فَإِنَّهَا تثبـت بالتمييز والعقل، وَأَمَّا الركن فالإقرار والتصديـق، وَإِذا ثبت ذَلِكَ كَانَ الحجر عَنْهُ كفراً، فأمَّا ردّه بِمَا ذُكر من التأويل باطلٌ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الإيمـان يثبت بصفة التبعية، ويلزمه هَـذِهِ الأحكام؟ فلأن يلزمه بأدائه أولى، وَهَذَا لِأَنَّ هَذِهِ الأحكام غير مقصودةٍ بِالْإِسْلَامِ.

وجه قول أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله فِي الردة: أَنَّهُ من المضار، فأشـبه الطلاق والهبة، وَلَهُما: أنَّ من كَانَ من أَهْل الإيمان كَانَ من أَهْل الكفر بالردة كالبالغ.

والجواب عـن حجته أنَّ الضرر نوعان، وَكَذَلِكَ المنفعة: قبيح يحتمل أن لَا يَكُـون فيرد بعذر الصبا، وحسـنٌ يحتمل أَنْ يَكُونَ غير حسـنٍ، فصح الحجر عَنْهُ، وحسـنٌ متنـاهٍ لَا يحتمـل أَنْ يَكُونَ عَلَى خلاف مـا هُوَ عَلَيْهِ، فَـلَا يصح رده بعذر الصبا، وقبيحٌ متناهٍ لَا يحتمل أَنْ يَكُونَ عَلَى خلاف ما هُوَ عَلَيْهِ، فَلَا يصبح رده بعذر الصبا، وقبيحٌ متناهٍ لَا يحتمل أَنْ يَكُونَ عَلَى خلاف ما هُوَ عَلَيْهِ فَلَا يصح العفو عَنْهُ، والصبا من أسـباب العفو والحجر، والإسلام متناهٍ فِي الحر فَلَمْ يحتمل الرد بعذر الصبا، والردة فِي غاية القبح لَا تحتمل العفو بعذر الصبا، والله أعلم.

٥٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الجَعْلِ؛ قَالَ: أَكْرَهُهُ مَا

(١) فِي ب: ووجه قولنا

دَامَ لِلمُسْلِمَينَ فَيْءٌ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُعِينَ[1] بَعْضُهُم بَعْضاً، أَمَّا عِنْدَ العَجْزِ وَالعُسْرَةِ فَلَا بَأْسَ.

فَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَخَذَ دروع صفوان[2] عند الحاجة، فلأن يصح بطيبة النفس أولى، وجهز عثمانُ جيش العسرة، فَكَانَ [صدقةً][3] متقبلةً من أعظم الصدقات، وَأَمَّا عند الاستغناء فمكروهٌ لما فِيهِ من شبْهة الأجرة، وَلَوْ بمحض أجرة[4] كَانَ حراماً، فَإِذَا أشبهها كَانَ مكروهاً.

٥٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الحَرْبِيِّ يُسْلِمُ فِي دَارِ الحَرْبِ. فَيَدْخُلُ مُسْلِمٌ [فِي][5] دَارِ الحَرْبِ فَيَقْتُلهُ عَمْداً أَوْ خَطَأً؛ قَالَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّ عَلَيْهِ فِي الخَطَأِ الكَفَّارَةُ، وَلَا كَفَّارَةَ فِي العَمْدِ، وإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ فِي دَارِ الحَرْبِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَتْلِهِ، وَإِنَ دَخَلَ[6] الحَرْبِيُّ

---

(١) فِي ب: يقوي

(٢) الحديث بتمامه (أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قالَ «يا صفوانُ هلْ عندكَ منْ سلاحٍ». قالَ عاريةً أمْ غصبا قالَ «لَا بلْ عاريةً». فأعارهُ ما بينَ الثّلاثينَ إِلَى الأربعينَ درعا وغزا رسولُ اللهِ ﷺ حنينا فَلَمَّا هزمَ المشركونَ جمعتْ دروعُ صفوانَ ففقدَ مِنْهَا أدراعا فقالَ رسولُ اللهِ ﷺ لصفوانَ «إِنّا قدْ فقدنا منْ أدراعكَ أدراعا فهلْ نغرمُ لكَ». قالَ لَا يا رسولَ اللهِ لِأَنَّ فِي قلبي الْيَوْم ما لَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ). رواه أبو داود برقم/ ٣٥٦٥/، وابن أبي شيبة/ ٢٠٩٣٥/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٣٥٦٢/.

(٣) فِي ب

(٤) أي الأجرة عَلَى الجهاد وَهُوَ طاعة الله تَعَالَى، فَلَا يَجُوزُ أَخذَ الأجرة عَلَيْهَا. حاشية أ

(٥) فِي ب

(٦) فِي ب: خرج

الَّذِي أَسْلَمَ إِلَينَا ثُمَّ قَتَلَهُ هَهُنَا رَجُلٌ، فإِنْ كَانَ خَطَأً فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ يَأْخُذُهَا الإِمَامُ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ، وَإِنَ قَتَلَهُ عَمْدَاً فَلِلإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَهُ إِنْ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُو.

أَمَّا الْمُسْلِم الَّذِي لَمْ يهاجر فَلَا يستوجب العصمة المقومة عندنا، لقول الله تَعالَى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النِّسَاء: ٩٢] الآية، فالاستدلال بِهَا من وجهين:

أحدهما: بصيغته أَنَّهُ أوجب الكفارة، وَلَمْ يذكر الدِّيَة مع ذكرها فِيمَا سبقها وفيما لحقها، ومع ذكر الكفارة فِي كل فصل عَلَى التكرار، فدل ذَلِكَ عَلَى أَنَّهَا غير واجبة.

والثاني: أَنَّهُ وصفه بأنه مؤمنٌ وأنَّه من أعدائنا.

والأول يوجب العصمة، والثاني يوجب الهدر، فثبت أنَّ الجمع بينهما واجبٌ، ولأنَّ التقويم من صفات العزة، فَإِنَّهُ أمرٌ زائدٌ وَذَلِكَ بالأحرار يكون، كما فِي الْأَشْيَاء المباحة، وَأَمَّا الكفارة فجزاء الْجِنَايَة عَلَى العصمة المؤثمة، وَإِذا دَخَلَ دارنا فَقَدْ صَارَ محرزاً، والسلطان وليه فِي القتل، والصلح دون العفو، كالأب فِي قصاص الصَّغِير.

٦٠٠- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي الرَّجُلَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ يَدْخُلَانِ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدَاً أَوْ خَطَأً، قَالَ: عَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَأِ، وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ فِي العَمْدِ.

٦٠١- وإِنْ كَانَا رَجُلَيْنِ أَسِيرَينِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدَاً أَوْ خَطَأً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي العَمْدِ، وَفِي الخَطَأِ الكَفَّارَةُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: عَلَيْهِ فِي العَمْدِ وَالخَطَأِ الدِّيَةُ أَيْضَاً.

أَمَّا اللذان دخلاها بأمان، فإنَّما لَمْ يجب القَوَدُ عَلَى القاتل فيهما لوجهين:

أحدهما: أنَّ القَوَد لَا يتأتى استيفاؤه إِلَّا بالمنعة، لِأَنَّ الواحدَ يقاوم الواحد، [قل ما يظفر عَلَيْهِ](١)، وَلَا منعة إلاَّ بالإمام وجماعة الْمُسْلِمِينَ.

والثاني: أنَّ دخوَلَهُ دار الحرب لو كَانَ للسكنى لبطلت عصمته أصلاً، فَإِذَا وجد أصل الدُّخُول صَارَتْ شبهةً فِي درء ما يدرأ بالشبهات، لِأَنَّ الإحراز بالدار وَقَدْ وجد ما يبطله صورة، فصارت شبهةً، وَهُوَ كالمستأمن منهم إِلَى دارنا أَنَّهُ لَا يضمن بالقَوَد لما قلنا، وَأَمَّا أحد الأسيرين إِذَا قتل صاحبه، فإنَّ وجه قولَهُما فِي ذَلِكَ أنَّ سبب العصمة [فِي حق](٢) الأسيرين قائمٌ، وَهُوَ الإحراز بالدار، لِأَنَّ هَذَا امرٌ عارضٌ لَيْسَ بأصلٍ، فَلَا يبطل العصمة كالدخول بأمان، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ الأسير مقهورٌ فِي دار الحرب، فَصَارَ بحكم القهر تابعاً لهم، فبطل بِهِ الإحراز أصلاً، وصار كالمسلم فيهم الَّذِي لَمْ يهاجر، وذكر قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ فِي مسألة الأسيرين من الخواص.

٦٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُقْتَلُ عَمْدَاً، وَلَيْسَ لَهُ وليٌ؛ قَالَ: الإِمَامُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ قَتَلَ قَاتِلَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ إِذَا رَضِيَ القَاتِلُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُو.

أَمَّا القَوَد، فلقول النَّبي ﷺ: (السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)(٣)، وَأَمَّا الصلح

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) أخرجه أحمد فِي مسنده برقم/ ٢٥٣٢٦/ ، وأبو شيبة فِي مصنفه برقم/ ٣٧٢٧٠/ ، وأبو يعلى فِي مسنده برقم/ ٤٧٤٩/

عَلَى الدِّيَة فَلَمَّا روي أنَّ عبيد الله بن عمر ﵄ لما قَتَلَ الهُرمزان(١) بتهمة أبيه عمر ﵁، قَالَ عثمان ﵁: هَذَا رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْأَرْضِ(٢) قُتِلَ وَأَنَا وَلِيُّهُ فَأَعْفُو(٣) وَأُوَدِّي دِيَتَهُ، ولأنَّ ذَلِكَ نظر ومصلحة.

فأمَّا اللقيط فَإِنَّهُ إِذَا قُتل فَكَذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵉، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: لَيْسَ لَهُ أن يقتل قاتله لِأَنَّهُ لَا يخلو عن ولي، وَهِيَ الأمُّ بخلاف مسألتنا، وقالا: المجهول لَا يصلح ولياً، وَقَالَ فِي الحربي تُسلم امرأته فِي دار الحرب، قَالَ: هِيَ امرأته ما لَمْ تحض ثلاث حيض، فَإِذَا حاضت ثلاث حيضٍ بانت، لِأَنَّ الْإِسْلَام عندنا لَيْسَ من أسباب الفرقة، لِأَنَّهُ لَا يصلح لذلك، ولكن يُعرض الْإِسْلَام عَلَى الآخر حَتَّى إِذَا أَبَى وجب التفريق، لفوت المقاصد مضافاً إِلَى الَّذِي أَبَى، فَإِذَا امتنع عرض الْإِسْلَام عَلَيْهِ بسبب انقطاع الولاية(٤) وجب إقامة شرط البينونة مقام علة البينونة، لِأَنَّهُ أمرٌ واجب الوجود، أعني تخليص المسلمة عن ذلِّ الكافر، وانقضاء ثلاث حيضٍ شرط البينونة فِي الطلاق الرجعي، فأقيمت مقام عَرضات القَاضِي وتفريقه، ثُمَّ يلزمها أن تعتد ثلاث حيضٍ مِنْ بَعْدِ.

٦٠٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵏ تَعَالَى، فِي الْمُسْلِمِ يَرْتَدُّ وَيَلْحَقُ

(١) هرمزان ملك من ملوك كسرى، وكان صديقاً لأبي لؤلؤة قاتل عمر ﵁، فاتهمه عبيد الله بن عمر ﵄ بالتآمر عَلَى قتل أبيه فقتله، فأراد علي ﵁ أن يقتص مِنْهُ، فامتنع عثمان ﵁ من استيفاء القصاص.

(٢) أي العريب. حاشية أ

(٣) أي عن القصاص تسكيناً للفتنة. حاشية أ

(٤) فِي ب: ولاية الإمام

بِـدَارِ الْحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ وَلَهُ ابْنٌ، فَقَضَى الْقَـاضِي بِالعَبْدِ لِلابْنِ، فَكَاتَبَهُ ثُمَّ جَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَاً، فَمُكَاتَبَتُهُ لِلمُرْتَدِّ الَّذِي جَاءَ مُسْلِمَاً وَالوَلَاءُ لَهُ.

لِأَنَّ القَاضِي لما قَضَى لَهُ بالعبد مِيرَاثاً فَقَدْ جعله خلفاً عن أبيه، وجعل المرتد ميتاً، فَإِذَا عاد مسلماً فَقَدْ ثبت لَهُ حكم الأحياء وبطل الحكم الْأَوَّل، وصار الابن بحكم الخلافة كوكيله فِيمَا تصرف فِي مَالِهِ، والوكيل بالكتابة لَا يَرْجِع إِلَيْهِ شيء من حقوق عقد الكتابة.

وَقَالَ فِي الْمُسْلِم يرتد ثُمَّ يعتق أَوْ يهب أَوْ يبيع أَوْ يَشْتَرِي ثُمَّ يُسلم، قَالَ: كل ذَلِكَ جائزٌ، وَإِنَ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ مَاتَ عَلَى ردته فكل ذَلِكَ باطلٌ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: كل ذَلِكَ جائزٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يجوز ذَلِكَ كما يجوز من المريض.

وجه قولَهُما: إنَّ صحة التصرف بقيام الأهلية والنفاذ بالملك والأهلية قائمة لِأَنَّ الخطاب عَلَيْهِ قائمٌ، والقتل واجبٌ عَلَيْهِ، وَلَا يجب القتل عَلَى ناقص الأهلية، والمِلك موجود، وَإِنَّمَا يزول إِذَا ثبت لَهُ حكم الموت.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو وُلد لَهُ ولدٌ بعد الردة لستة أشهر فصاعداً من امرأةٍ مسلمةٍ أَوْ أمةٍ مسلمةٍ أَنَّهُ يرثه؟

وَلَوْ مَاتَ ولدٌ لَهُ مُسلمٌ قبل حكم القَاضِي بموته لَمْ يرثه[1]؟ وَإِذا كَانَ الزوال مقصوراً عَلَى حال الموت، ثبت أن ملكه قائمٌ فصح تصرفه وفعله، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ حربيٌّ مقهورٌ تحت أيدينا فيتوقف تصرفه كالحربي الَّذِي أُسر، وكما قلنا فِيمَا بعد اللحوق قبل حكم القَاضِي، وكما توقف ولايته عَلَى [أَمَرَ][2] أولاده

(١) أي الابن المرتد، فعلم أن المزيل حق والأهلية باقية. حاشية أ

(٢) فِي ب

الصغـار بِالْإِجْمَاعِ لتوقف حاله، فكذاك ههنا، وَهَذَا لِأَنَّهُ اسـتوجب القتل لبطلان سـبب العصمـة، فأوجب ذَلِكَ خللاً فِي حاله كالحربي الَّـذِي لَا أمان لَهُ، بخلاف الَّـذِي لزمه القتـل بالزنا أَوْ القتل لِأَنَّـهُ لَمْ يجب لزوال [سـبب][1] العصمة، لَكِنَّهُ لزمه جزاء عدوانه، فَلَمْ يثبت لَهُ خللٌ فِي أَمَرَ نفسـه وحريته، وبخلاف الْمَرْأَة لِأَنَّهَا لَـمْ تقتل فَلَمْ يثبت لَهَا حكـم أَهْل الحرب حَتَّى تلحق بالدار، فتصير حربيةً حينئذٍ، وَهَذَا صَارَ حربياً للحال بوجوب جزاء المحاربة، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الصحيـح، لِأَنَّ اختيار الإيمان إِلَيْهِ عَلَى ما تثبت بِهِ العصمة الظاهرة فِي الدنيا، فَلَمْ يكن بمعنى المشـرف عَلَى الهلاك، بَلْ كَانَ فِي حكم الصحيح، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لمـا كَانَ الظاهر من حال المتمسـك بالدين القرار عَلَيْهِ، صَـارَ القتل لازماً، فَصَارَ حكمه حكم المريض المشرف عَلَى الموت.

٦٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي مُسْـلِمٍ ارْتَدَّ وَلَهُ مَالٌ كَانَ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ، وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الرِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَذَلِكَ كُلُّهُ لَهُ، وَإِنْ لَحِـقَ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ، فَمَا كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِسْـلَامِ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ الْمُسْـلِمِينَ الأَحْرَارِ، وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الرِدَّةِ فَهُوَ فَيْءٌ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: ما كَانَ فِي حَالِ الْإِسْلَامِ وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الرِدَّةِ فَهُوَ كُلُّهُ لِوَرَثَتِهِ.

أَمَّا كسـب[2] الْإِسْـلَام فميـراثٌ عَنْهُ عندنـا، وَقَالَ الشـافعي ﵀: هُوَ فيءٌ،

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: اكتسب فِي

لما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ)[1]، وَلِأَنَّهُ حربيٌّ مقهورٌ فِي دارنا، فَكَانَ ماله فيئاً كالذي اكتسبه فِي الردة، ولنا[2] ما روي عن عليٍّ أَنَّهُ قتل الْمُسْتَوْرِدَ الْعِجْلِيِّ بالردة[3]، وقسم ماله بين ورثته الْمُسْلِمِينَ، ولأنَّ المرتد يلزمه حكم الْإِسْلَام عقوبة عَلَيْهِ، وَقَدْ بقي فِي هَذِهِ الاكتساب حكم الْإِسْلَام حَتَّى لَمْ يغنم للحال حَتَّى يلحق أَوْ يقتل، فَلَمَّا لزمه حكم الْإِسْلَام وجب نقل ميراثه[4] إِلَى الْمُسْلِمِينَ، فأمَّا كسبـ[ـه فِي حال][5] الردة فَإِنَّهُ لما صحَّ تصرفه عندهما بلا توقف صحَّ ملكه فوجب النقل إِلَى الوارث، ولما توقف تصرفه عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لَمْ يَصِحَّ ملكه فَلَمْ يورَث عَنْهُ، وصار كحربيٍّ مقهورٍ تحت أيدينا اكتسب شَيْئاً فيكون لبيت الْمَال.

وَقَالَ فِي مرتد لَهُ أمةٌ نصرانيةٌ جاءت بولدٍ بعد الردة لستة أشهرٍ [فَادَّعَاهُ][6] وَقَالَ فَهُوَ ابنه وَهُوَ حرٌ، وأمه[7] أمُّ ولدٍ لَهُ، فإن مَاتَ أَوْ قتل لَمْ يرثه هَذَا الْوَلَد.

---

(١) الحديث متفق عَلَيْهِ، وتمامه (لَا يرثُ المسلمُ الكافرَ ولَا يرثُ الكافرُ المسلمَ)، رواه البخاري برقم/ ٦٣٨٣/ ، ومسلم برقم/ ٤٢٢٥/ ، وغيرهما.

(٢) فِي ب: لأصحابنا

(٣) والحديث فِي مصنف عبد الرزاق برقم/ ١٠١٣٩/ ولفظه (عن الحكم بن عتيبة أن المستورد العجلي ارتد عن الْإِسْلَام فاستتابه علي ﷺ فَأَبَى أن يتوب فقتله وقسم ماله من ورثته وأمر امرأته أن تعتد أربعة أشهر وعشراً)

(٤) وَهُوَ أن يجبر عَلَى الْإِسْلَام وَلَا يترك عَلَى ما اختاره، ويقسم ماله بين ورثته الْمُسْلِمِينَ. حاشية أ

(٥) فِي ب

(٦) فِي ب

(٧) فِي ب: والأمة

وإِنْ كَانَتْ أمةً مسلمةً ترثه، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ أمةً نصرانيةً كَانَ الْوَلَد مرتداً تابعاً لأبيه، لِأَنَّهُ أقرب إِلَى الْإِسْلَام لما عَلَيْهِ من الجبر عَلَى الْإِسْلَام، فَإِذَا جَعَلَ تابعاً لأبيه لَمْ يرثه، لِأَنَّ المرتد لَا يرث[1]، لِأَنَّهُ لَا ولاية لَهُ وَلَا ملة، وإِنْ كَانَتْ أمةً مسلمةً كَانَ الْوَلَد مسلماً تبعاً للمسلم حقيقةً فورثه، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَقَالَ [عن][2] أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي المرتد يقتل رَجُلاً خطأً، ثُمَّ يُقتل عَلَى ردته أَوْ يموت، قَالَ: الدِّيَة فِيمَا اكتسب فِي حال الْإِسْلَام، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: فِيمَا اكتسب فِي حال الْإِسْلَام والردة جَمِيْعَاً، وَهَذَا أَيْضَاً يبتني عَلَى ما قلنا إِنَّ ملكه لكسب الردة غير صحيحٍ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، ومِلكه فِي كسب الْإِسْلَام صحيحٌ، فَإِذَا صحَّ مِلكه وجب قضاء دينه من ملكه، ثُمَّ النقلُ إِلَى وارثه بعد الفراغ عن حاجته، ولمَّا لَمْ يَصِحَّ ملكه لكسب الردة لَمْ يجب قضاء الدين مِمَّا هُوَ فيءٌ الْمُسْلِمِينَ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُعقل عَنْهُ المسلمون لِأَنَّ نصرتهم قَدْ انقطعت عَنْهُ بالردة؟ وَفِي إيجاب الدِّيَة فِي الَّذِي جَعَلَ فيئاً إثبات العقل فِي المعنى[3]، وعندهما: الكسبان سواءٌ عَلَى ما قلنا، وروي عن أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي هَذَا انَّهُ جَعَلَ الكسبين سواء.

وَقَالَ فِي المرتد يَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ وَلَهُ أمهات أولاده ومدبرون، [وَلَهُ مال][4] وعَلَيْهِ دين لِلنَّاسِ [إِلَى أجل][5] فيَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ، قَالَ: يَقْضِي الإمام[6] بعتق

(١) فِي ب: لَيْسَ بأهل للإرث

(٢) فِي ب

(٣) العقل من العاقلة.

(٤) فِي ب

(٥) فِي ب

(٦) فِي ب: القَاضِي

أمهات الأولاد، ويجعل دينه حـالّاً، ويقضي دينه للغرماء، ويُعتق مدبريه من ثلثه، ويقسـم ماله بين ورثته، فإن جاء مسـلماً بعد ذَلِكَ أنفذ ذَلِكَ كلـه، إِلَّا أَنَّهُ يأخذ ما وجد فِي يَدِ ورثته قائماً بِعَيْنِهِ.

[مطلب: في مكاتبة الورثة للعبد المكاتب]

وَإِنَ كاتب الورثة عَبْدَاً كَانَ لَهُ مكاتبته يأخذها، وَإِنَ جاء مسلماً قَبْلَ أَنْ يَقْضِي القَاضِي شـيء مـن ذَلِكَ فكأنه لَـمْ يزل مسـلماً، ومدبروه مدبـرون عَلَى حالهم، وأمهـات أولاده كَذَلِـكَ[١]، والَّذِي عَلَيْهِ مـن الدين إِلَى أجله، ومالُـه عَلَى حاله، والمرتد بِمَنْزِلَةِ حربي صَارَ لَهُ حكم الأحياء فِي دارنا باعتبار الجبر عَلَى الْإِسْـلَام، فَـإِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَقَـدْ انقطع عَنْهُ الجبر عَلَى الْإِسْـلَام، لَكِنَّهُ يحتمل العود، فَـكَانَ للقاضـي أن يَقضي عَلَيْهِ بحكم الموت، فَإِذَا قَضَـى عَلَيْهِ بِذَلِكَ صَارَ كموته فِي دارنا أَوْ قتله، وصار من وقت اللحوق كالميت فِي كل أحكام الموت، فَإِذَا عاد مسـلماً لَمْ يبطل الحكم كالعبد المبيع يأبق، أنّ للقاضي أن يفسخ البيع، فَإِذَا قَضَى بِـهِ ثُمَّ عاد لَمْ يَعُد[٢] البيـع، وَمَا كَانَ قائماً بِعَيْنِهِ أخذه، لِأَنَّ الوارث خلفٌ عَنْهُ، فَإِذَا وجد الأصل بطل حكم الخلـف، ويجعل الوارث فِي الكتابة كالوكيل بِهَا عَلَى ما مر، فأمَّا إِذَا عاد قبل القضاء مسـلماً فَكَأَنَّهُ لَمْ يزل مسـلماً لِأَنَّ اللحوق لما احتمل العود لَمْ يستغن عن القضاء، فَإِذَا عاد قبل القضاء جَعَلَ كَانَ لَمْ يَكُنْ كالعبد المبيع يأبق قبل القبض ثُمَّ يعود قبل الحكم بالفسخ، أنَّ حكم البيع يبقى كَذَلِكَ ههنا.

وَقَالَ فِي الْمُسْـلِم يرتد أَنَّهُ يقتل حراً كَانَ أَوْ عَبْـدَاً، لقولِهُ ﷺ: (مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ

(١) فِي ب: عَلَى حالهن

(٢) فِي ب: يفسد

فَاقْتُلُوهُ)[1]، وَلِأَنَّهُ بنفس الردة صَارَ محارباً، وَلَا يؤخر إِلَّا أن يستمهل لِأَنَّهُ قَدْ نابذ بعد المعرفة، فَلَا عذر[2] لَهُ، فَإِذَا استمهل يمهل إبلاءً للعذر واحتمالاً للإسلام، وَكَذَلِكَ العَبْد يقبل، لِأَنَّ تبعية الْمَوْلَى بحكم الملك فِي الكفر الأصلي جَعَلَ موجباً للذمة تبعاً، والردة تنافي عقد الذِّمَّة قصداً، فلأن تبطله تبعاً أولى.

فأَمَّا الْمَرْأَة الحرة إِذَا ارتدت فَإِنَّهَا لَا تقتل عندنا، وَكَذَلِكَ الأمة، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: تقتلان لعموم قولَهُ ﷺ: (مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ)، ولأنَّ منابذة الْإِسْلَام معنىً يشترك فِيهِ الذكر والأنثى، والاشتراك فِي العلة يوجب الاشتراك فِي الحكم، ولنا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: (نَهَى عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ)[3]، وعلل بأَنَّها لَا تقاتل، وعموم النهي يتناول المرتدة، والتعليل بِمَنْزِلَةِ النَّص فِي الباب، وعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مثل مذهبنا، ولأنَّا وجدنا الرَّجُل يُقتل فِي الكفر الأصلي، فَإِذَا قتلت بالردة صَارَ الانحتام علةً لأصل القتل عَلَيْهِ كما انحتم القتل عَلَيْهِ، كما انحتم بكونه من العرب مشركاً، [والْمَرْأَة لَا تُقتل فِي الكفر الأصلي، فَإِذَا قتلت بالردة صَارَ الانحتام علة لأصل القتل][4]، وَلَا تأكيد قبل وجود الأصل، ويبطل التعليل بتغير حكم الأصل، وَهُوَ الرَّجُل.

أَلَا تَرَى أَنَّ المشركة العربية لَا تُقتل وَقَدْ تأكد كفرها؟

فأَمَّا قولَهُ: (إن القتل يجب بالمنابذة) فباطل، لِأَنَّ ذَلِكَ يسقط بالتوبة، وبالتوبة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) فِي ب: عفو

(٣) أخرجه أحمد فِي مسنده برقم/ ٥٩٥٩/، والبيهقي برقم/ ١٧٨٧١/، وابن أبي شيبة وغيرهم.

(٤) فِي ب

لَا تنعـدم المنابذة، فثبت أَنَّهُ يجب بالثبات عَلَيْهِ، وأنَّه لَا يصلح علة لوجوب القتل عَلَيْهَا، كما فِي الأصل، فأمَّا الجبر عَلَى الْإِسْـلَام فَلَمَّا التزمت من أحكام الْإِسْلَام، وَلِذَلِكَ تحبس، وَلَيْسَ فِيهِ دلالة وجوب القتل، كولد المرتد يجبر وَلَا يُقتل.

وَأَمَّا الأمة فَإِنَّهَا لَا تقتل أَيْضاً وتجبر، فإن طلب مَوْلَاهُا دُفعت إِلَيْهِ، لِأَنَّ مراعاة حق الْمَوْلَى مع مراعاة حق الشرع ممكن، وَهُوَ أن يُجعل منزل الْمَوْلَى عَلَيْهَا سجناً [ومحبساً][(١)]، ونفوض التأديب والضرب إِلَيْهِ مع توفير حقه فِي الاستخدام.

وَقَـالَ فِي الأصل: (إِذَا احتاجوا إليها)، وهاهنا أطلق الجواب، والصحيح أن تدفع إِلَى الْمَوْلَى احتاج أَوْ استغنى، وَكَذَلِكَ لَا يُشترط طلب الْمَوْلَى أَيْضاً.

٦٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمَرْأَة تَرْتَدُّ عَنْ الْإِسْلَامِ؛ قَـالَ: هِيَ فِيمَـا صَنَعَتْ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْـلِمَةِ، وَإِنَ اكْتَسَـبَتْ فِي رِدَّتِهَا ثُمَّ مَاتَتْ، فَذَلِكَ الْمَالُ مِيرَاثٌ.

وَهَـذَا بهذا العموم مـن الخواص، وَإِنَّمَا وجب ذَلِـكَ لِأَنَّهَا لما لَمْ تقتل، دل ذَلِكَ عَلَى قيام دليـل العصمة، ودليل العصمة يوجب قرار الولاية بخلاف الرَّجُل، ولما استقرت ولايتها وجب لَهَا المِلك فِي مكاسبها بخلاف الرَّجُل، ولمـا كَانَـتْ مجبورةً ثبت لَهَا حكم الْإِسْـلَام قهراً عَلَيْهَا، وظهـر أثر ذَلِكَ فِي مالهـا، حَتَّى لَمْ يقسـم، ووجب حفظ ذَلِكَ عَلَى الورثـة، وصارت فِيمَا يتعلق بالجبر مثلَ الرَّجُل.

---

(١) فِي ب

٦٠٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: كُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عُنْوَةً بِالقِتَالِ وَالحَرْبِ فَصَارَتْ أَرْضَ خَرَاجٍ[1]، وَكُلُّ شَيْءٍ يَصِلُ إِلَيهَا مَاءُ الأَنْهَارِ فَهِيَ مِنْ أَرْضِ الخَرَاجِ، وَكُلُّ شَيْءٍ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ مَاءُ الأَنْهَارِ فَاسْتُخْرِجَ فِيهِ عَيْنٌ فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ، وَالدَّارُ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ عُشْرٍ.

وهذه فِي كِتَاب الزَّكَاة من الأصل، وَقَدْ مرّ شرحها قبل هَذَا فِي كِتَاب الزَّكَاة.

٦٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الإِمَامُ، أَوْ يَجْعَلَهَا لَهُ الإِمَامُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هِيَ لَهُ، وَإِنَ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الإِمَامُ.

واحتجا بقول النَّبي ﷺ: (مَـنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ)[2]، وَهَذَا نصٌ، ولأَنَّ يده سبقت إِلَى مباح بالإحراز، فيختص بِهِ كما إِذَا أَخَذَ ركازاً أَوْ صَيْدَاً، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: (لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ)[3]، ولأَنَّ إقطاع النَّبي ﷺ حلفائه رضي الله عنهم مشهور، وَلَوْ استغنى عن الإذن لبطل الإقطاع، لِأَنَّ ذَلِكَ حقٌ ثبت للمسلمين بإيجاب الخيل والركاب، فَلَا يَمْلِك أحد إبطالَ الحق عَنْهُ والاختصاص بِهِ إِلَّا بإذن الإمام، كما فِي الغنائم بخلاف الصيد والحشيش،

---

(١) يعني إِذَا منّ الإمام بِهَا عَلَى أهلها. حاشية أ

(٢) رواه أَبُو داود برقم/ ٣٠٧٦/ ، والطبراني فِي الأوسط برقم/ ٦/ .

(٣) رواه الطبراني فِي معرفة السنن والآثار رقم/ ٣٨٢٣/ .

لِأَنَّهَا لَمْ تكن فِي أيدي الكفار، وَلَا أصيبتْ بالإغنام، فأمَّا الركاز فإنَّما أحرزه الَّذِي أصابه، وهلك الغانمون قبل إحرازه.

وقولُـهُ فِي الْكِتَـاب: (أَوْ يجعلها لَهُ الإمام) أراد بِهِ بعـد الإحياء، إِذَا جعله لَهُ الإمام صحَّ، لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أحيا، فَإِذَا راعى ضيعة صحَّ، لكن بخراج أَوْ عشـر، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُل من أَهْل العطاء فيجعلها عطيّة لَهُ.

٦٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُسْلِمِ يَقْطَعُ يَدَهُ عَمْدَاً، ثُـمَّ يَرْتَـدُّ فَيَمُوتُ مِنْ ذَلِكَ وَهُوَ مُرْتَـدٌّ. قَالَ: عَلَى الْقَاطِعِ نِصْـفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ لِوَرَثَةِ الْمَقْطُوعِ يَدُهُ، وَإِنَ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا، فَعَلَى القاطع الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِوَرَثَةِ الْمَقْطُوعِ يَدُهُ، وَإِنَ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ [قَضَى بِهِ الْقَاضِي][(١)] ثُمَّ جَاءَ مُسْـلِمَاً ثُمَّ مَـاتَ، فَعَـلَى الْقَاطِعِ نِصْفُ فِي مَـالِهِ لِوَرَثَةِ الْمَقْطُوعِ يَـدُهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: فِي جَمِيعِ ذَلِكَ كُلِّهِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

وَهُـوَ قـول زفر ﷺ، أَمَّا إِذَا مَاتَ وَهُوَ مرتدٌ فلأنَّ سـراية الْجِنَايَة حلت محلاً غيـر معصوم فهـدرت، كما إِذَا وجد ابتداؤها كَذَلِكَ، وَهَـذَا بخلاف ما إِذَا قطعت يد المرتد ثُمَّ أَسْـلَمَ ثُمَّ مَاتَ أَنَّهُ لَا يضمن وَلَا يعتبر حال السـراية لِأَنَّ الْجِنَايَة مَتَى هـدرت لَمْ يحتمل التبديل، فأمَّا إِذَا اعتبـرت، فَإِنَّهَا تحتمل الإهدار بالإبراء، ولأنَّ مـن ضرورة فوت العصمة الهدر وَلَيْسَ من ضـرورة قيام العصمة الضمان كما إِذَا قطع بأمره، وقلنا اعتراض العصمة لَا يرفع صفة الهدر، واعتراض سقوط العصمة

(١) فِي ب

يقطع الضمان، فأمَّا إِذَا أَسْـلَمَ مِنْ بَعْدِ ثُمَّ هَلَـكَ من القطع وجب أرش القطع وَلَمْ يجـب ضمان النفس قياسـاً فِي قول محمَّد وزفـر ﷺ، لِأَنَّ اعتراض الردة أوجب إهدار الْجِنَايَة.

فَإِذَا أَسْلَمَ بعد وجوب[1] صفة الهدر لَمْ ينقلب إِلَى الضمان كما قلنا فِيمَا إِذَا قطع يد مرتد ثُمَّ أَسْـلَمَ المقطوع يده، وكما إِذَا لحق بالدار بين ذَلِكَ، وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ: يجب ضمان النفس استحسـاناً، لِأَنَّ الْجِنَايَة وَقَعَتْ فِي محـل العصمة وتمت فِي محل العصمة، فوجب ضمـان الدِّيَة، كما إِذَا لَمْ يتخلل الـردة، وَهَـذَا لِأَنَّ الردة لَا تقطع السـراية إِلَّا لفوت العصمة، وقيـام العصمة لَيْسَ بشـرطِ حال قيام الْجِنَايَة وبقائها فَلَا يؤثر فِيهَا فـوت العصمة، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ حال بقاء الْجِنَايَة لَيْسَ بحال انعقاد السبب، وَلَا حال وجوب الضمان، وَإِنَّمَا ينعقد يوم الْجِنَايَة، ويجب يوم الموت.

أَلَا تَـرَى أَنَّ من قَطع يد رجل ثُمَّ أضناه القطع حَتَّى أشـرف عَلَى الموت، ثُمَّ حز آخر رقبته، أَنَّ الْأَوَّل لَا يغرم إِلَّا أرش اليد، وَلَا يغرم للبقاء شَيْئاً؟

وَإِنَّمَـا ذَلِـكَ مثـلَ كمال النصاب يشـترط عند ابتـداء الحول وعنـد تمامه، وكالمِلك يشترط عند الْيَمِين وعند الحنث.

وَلَا يلزم عبد قطعت يده، ثُمَّ بَاعَهُ الْمَوْلَى، ثُمَّ عاد إِلَى ملكه، لِأَنَّهُ إن عاد إِلَى قديم ملكه فَهُوَ عَلَى هَذَا الاختلاف، وَإِنَ عاد إِلَى ملك جديد فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عبد آخر لاختلاف الملك.

وَلَا يلزم إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وقضى القَاضِي بِهِ ثُمَّ عاد، لِأَنَّهُ صَارَ فِي حكم

(١) فِي ب: وجود

الميت بقضاء القَاضِي، فبطل حكم السراية لاعتراض ما هُوَ فِي حكم القتل، ثُمَّ عاد لِأَنَّهُ صَارَ فِي حكم الميت بقضاء القَاضِي فبطل حكم السراية لاعتراض ما هُوَ فِي حكم القتل ثُمَّ عاد إِلَى حياة حادثة فِي التقدير، وتأكد العارض، فَإِذَا لَمْ يقض بِهِ حَتَّى عاد فَلَا نص فِيهِ، وَهُوَ عَلَى الخلاف، وقولَهُ: (للمقطوع يده) زيادة فِي هَذَا الْكِتَاب، وَذَلِكَ لِأَنَّ الوجوب مضاف إِلَى حال الْإِسْلَام.

أَمَّا الأرش فيجب يَوْمَئِذٍ من اكتساب الْإِسْلَام، وَأَمَّا الدِّيَة فتجب يوم الموت، وَهُوَ مسلم أَيْضاً.

٦٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي حَرْبِيٍّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِأَمَانٍ، فَيُودِعُ رَجُلاً أَلْفَ دِرْهَمٍ، [وَيُقْرِضُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ][1]، ثُمَّ يَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَيُؤْخَذُ أَسِيراً؛ قَالَ: الوَدِيعَةُ فَيْءٌ، وَبَطَلَ القَرْضُ عَنْ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ. وَكَذَلِكَ إِنْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ وَقُتِلَ، فَإِنْ قُتِلَ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَى الدَّارِ، فَالوَدِيعَةُ وَالقَرْضُ لِوَرَثَتِهِ، أَمَّا إِذَا أُسِرَ فَلِأَنَّ الوَدِيعَةَ فِي يَدِهِ فِي التَّقْدِيرِ لِقِيَامِ يَدِ الْمُودَعِ مَقَامهُ، فَإِذَا وَقَعَ الأَسْرُ عَلَيْهِ وَقَعَ عَلَى الوَدِيعَةِ أَيْضاً.

وَأَمَّا القرض فَلَا يحتمل إثبات اليد إِلَّا بواسطة المطالبة، وَقَدْ بطلت مطالبته، واختص من عَلَيْهِ بِالْيَدِ عَلَيْهِ، فملكه سقط عَنْهُ.

٦١٠- وَكَذَلِكَ إِذَا ظهر عَلَى الدار قُتل لِأَنَّهُ لما أُخذ صَارَ مالُه مغنوماً أَيْضاً الوديعة لجماعة الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي التقدير والقرض لمن عَلَيْهِ، فأمَّا

---

(١) فِي ب

إِذَا قُتِلَ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَى الدَّارِ فَإِنَّهُ لَمْ يَصِرْ مَغْنُومَاً، فَكَذَلِكَ مَالُهُ، وَالأَمَانُ فِي حَقِّ الْمَالِ بَاقٍ، فَوَجَبَ رَدُّهُ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا يُرَدُّ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ.

والمسألة الأخيرة من الخواص.

٦١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ يَرْتَدَّانِ مَعَاً؛ قَالَ: هُمَا عَلَى النِّكَاحِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَسْلَمَا مَعَاً، فَإِنْ ارتَدَّ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ بَطَلَ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ إِنْ ارْتَدَّا مَعَاً، ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ.

وأصله أنَّ أحد الزوجين إِذَا ارتد وَقَعَتْ الفرقة للحال قبل الدُّخُول وبعده، وَقَالَ الشافعي رحمه الله: بعد الدُّخُول لَا تقع الفرقة حين تنقضي العدة، لِأَنَّ الفرقة إِذَا وجبت باختلاف الدينين[1] بعد الدُّخُول لَمْ يتعجل كما فِي إسلام أحد الزوجين، ولنا: أنَّ هَذِهِ فرقةٌ تجب بسبب التنافي فتتعجل كالتي تقع بملك أحدهما صاحبه، وَهَذَا لِأَنَّ الردة منافيةٌ للعصمة موجبة للعقوبة، والتنافي لَا يحتمل التراخي.

فأمَّا الْإِسْلَام فَلَيْسَ بصالح للفرقة لِأَنَّهُ يوجب عقوبة، وَلَا سقوط عصمة، وَلَمْ يصلح[2] إيجابها بكفر الآخر لِأَنَّهُ لَيْسَ بحادثٍ، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ فاتت ثمرات النكاح فوجب جبر الآخر عَلَى الْإِسْلَام توفيراً لمقاصد النكاح، فَإِذَا أَبَى وجب التفريق لفوت المقاصد مضافاً إِلَى الآباء وَهُوَ حادثٌ صالحٌ لذلك، فأمَّا إِذَا ارتدا مَعَاً لَمْ يجب الفرقة، ووقعت عند زفر رحمه الله، لِأَنَّ ردتهما تضمّن ردة أحدهما وزيادة، ولنا: أنَّ العرب ارتدوا،

---

(١) فِي ب: الدين

(٢) فِي ب: لَيْسَ

فَلَمَّا أسـلموا لَمْ يفرق بينهم فِي خلافة أبي بكـر ﷺ، وَلَمْ يكن تقدم البعض معلوماً، وكان بِمَنْزِلَـةِ ارتدادهم مَعاً، ولأنَّ الشـرع جَعَلَ الردة منافيـةً من أحدهما وَذَلِكَ حال الاختلاف، وَهِيَ فَوْق حال الموافقة، فبطل الاسـتدلال، وَإِذا سبقت ردة أحدهما فَقَدْ بانت، وَكَذَلِكَ إِذَا تقدم إسلام أحدهما فَقَدْ انفرد الآخر بالردة.

وَقَالَ فِي الفرقة بردة الزَّوْج: أَنَّها فرقة بِغَيْرِ طلاق عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَقَالَ فِي النصراني تسـلم امرأته فتعرض عَلَيْهِ الْإِسْلَام فيأبى، فيفرق بينهما، إنَّها فرقة بطلاق [بائن][1]، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ: هُمَـا جَمِيْعَاً فرقةٌ بِغَيْرِ طلاق، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: هُمَا جَمِيْعَاً فرقةٌ بطلاق.

وجه قولَهُ: إنَّ هَذِهِ فرقةٌ من جهة الزَّوْج، فَصَارَ طلاقاً كالفرقة بسـبب الجب والعنة، ولأَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أنَّ هَذِهِ فرقةٌ وَقَعَتْ بسـبب يشـترك فِيهِ الزوجان، فَلَا يكون طلاقاً، كملك أحدهما صاحبه، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الفرقة بالردة فرقةٌ تقع بمعنـى التنافي، والتنافي لَا يصلح مسـتفاداً بالملك ليكون طلاقـاً، وَأَمَّا فِي الإباء فَإِنَّهَا فرقةٌ بسـبب فوت ثمرات النكاح، وَذَلِكَ مضـافٌ إِلَى الزَّوْج فألزمه القَاضِي الإمسـاك بالمعروف، فَإِذَا أَبَى لَمْ يحتمل النيابة، فألزمه القَاضِي الطلاق الَّذِي هُوَ مملوكٌ للزوج، كما فِي الجب والعنة، والطلاق يحتمل النيابة.

٦١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الحَـرْبِيِّ يَدْخُلُ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ، ثُمَّ يُسْلِمُ، وَلَهُ فِي دَارِ الحَرْبِ امْرَأَةٌ حَامِلٌ إِلَى آخَرَ الفَصْلِ.

---

(١) فِي ب

وَذَلِكَ ثَلَاثَة فصول:

أحدهما أن يدخل دارنا ثُمَّ يُسلم، وَلَهُ فِي دار الحرب امرأةٌ حاملٌ وأولادٌ صغارٌ وأولادٌ كبارٌ، وأموالٌ أَوْدَعَ بعضها مسلماً، وبعضها حربياً، ثُمَّ ظهر عَلَى الدار، فالجواب فِيهِ أنَّ ذَلِكَ كله فيءٌ، لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي دارنا، فَقَدْ تباينت الداران، وَذَلِكَ بقطع اليد، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ بقطع اليد منع الإحراز، فبقيت تلك الأموال غير معصومةٍ وَلَمْ يثبت الْإِسْلَام فِي الأولاد أَيْضاً لانقطاع التبعية، فصاروا فيئاً.

فأمَّا إِذَا أَسْلَمَ ثُمَّ دَخَلَ دارنا، ثُمَّ ظهر عَلَى الدار وَهُوَ الفصل الثَّانِي، فإن أولاده الصغار صاروا مسلمين تبعاً لَهُ فهم أحرارٌ، وأولاده الكبار كفارٌ وَقَدْ صاروا فيئاً، وامرأته قَدْ بانت مِنْهُ حين هاجر الزَّوْج وصارت فيئاً، وَأَمَّا ما فِي بطنها فَقَدْ صَارَ مسلماً وصار فيئاً عندنا، وَقَالَ الشافعي ﷺ: لَا يَكُون فيئاً لِأَنَّهُ مسلمٌ، ولنا: أَنَّهُ تابعٌ للأمِّ، والجنين يتبع الأمَّ فِي فيء الرق والحرية، فَصَارَ تبعاً لَهَا فِي الاسترقاق، وأمواله الَّتِي أَوْدَعَهَا مسلماً أَوْ ذمياً فَهِيَ لَهُ، لِأَنَّهُ قَدْ أثبت يده عَلَيْهَا بعد الْإِسْلَام بيدٍ نائبةٍ يدٌ معصومةٌ، فقامت مقام يده، وَلَوْ كَانَ فِي يَدِهِ لصار محرزاً لَهَا بعسكر الْمُسْلِمِينَ ومنعتهم، وبدار الْإِسْلَام تتأكد يده عَلَيْهَا، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَأَمَّا سائر الأموال ففيءٌ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي يدٍ معصومةٍ ليصح تأكيدها بالمنعة، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غَصْباً عند مسلمٍ أَوْ ذميٍّ صَارَ فيئاً لعدم النيابة، وعند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ يجب أن لَا يَكُون فيئاً إِلَّا ما كَانَ غَصْباً عند حربيٍّ عَلَى قياس الفصل الثالث.

[مطلب: فيمن أسلم في دار الحرب]

والفصل الثالث: أن يسلم فِي دار الحرب فَلَا يخرج حَتَّى يظهر عَلَى الدار، والجواب: أنَّ أولاده الصغار صاروا مسلمين بإسلامه فهم أحرار لَا سبيل عَلَيْهِم،

وَأَمَّـا أولاده الكبار ففيءٌ لمـا قلنا، وَأَمَّا امرأته الحامل ففيءٌ مـع ولدها، لِأَنَّهُ غير محرزٍ لَهَا بالنكاح، فَهِيَ كسـائر أَهْل الحرب، والحمل تابـعٌ لَهَا، وأمواله الَّتِي فِي يَدِهِ لَهُ، لِأَنَّهُ صاحب يد يحتاج إِلَى أن يؤكد يده.

والمسلمون يحتاجون إِلَى إثبات اليد ابتداء فَصَارَ التأكيد أسبق وأثبت، فَصَارَ مؤكداً يده بمنعتهم، فَصَارَ أولى.

أَلَا تَرَى أَنَّ التأكيد يحصل بالمنعة، وإثبات اليد لهم عَلَى الكمال لَا يثبت إِلَّا بالإحراز؟ وَمَا كَانَ وديعة عند مسـلم أَوْ ذمي فَكَذَلِـكَ، لأن يد نائبة مثل يده، وَلَوْ كَانَ غَصْبَـاً عنـد حربي فَقَدْ ملكه فَصَارَ فيئاً بِالْإِجْمَاعِ، وَلَـوْ كَانَ وَدِيعَةً عند حربي أَوْ غَصْباً عند مسـلمٍ أَوْ ذميٍّ أَوْ ضائعاً فَهُوَ فيءٌ، هَذَا قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّـدٌ رحمهما الله: لَا يَكُون فيئاً، لِأَنَّ عصمة الْمَال تابعـةٌ لعصمة النفس، وَقَدْ استفاد بإسلامه فِي النفس عصمة مؤثمة مانعة من الاستيلاء، فَكَذَلِكَ فِيمَا هُوَ تابعٌ لَهُ، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ هَذَا مالٌ غير معصومٍ فَصَارَ فيئاً كالعَقار.

بيانه: أَنَّ الْمَال فِي الأصل غير معصومٍ، وَإِنَّمَا عصمته بالإحراز الَّتِي بِهِ بينت العزة، وَلَمْ يوجد، لِأَنَّهُ لَمْ يدخل تحت يدٍ معصومةٍ.

[مطلب: في أنواع عصمة النفس]

فأَمَّا النفس فعصمتها نوعان: أصلية وعارضة.

الأصلية: هِيَ المؤثمة والدافعة، لِأَنَّهُ خُلق حراً لَهُ حق الخلافة، ومن ضرورته الحريـة [والعصمة][1]، لكن ذَلِكَ يبطل بعدوان الكفـر، فَإِذَا عدم عادت العصمة الأصلية.

(١) فِي ب

وَأَمَّـا العصمة المقومة فعارضة، فَلَمْ تثبـت إِلَّا بالإحراز، وكل عصمة الْمَال عارضة، فلهذا افترقا، وَأَمَّا العقار ففيءٌ عندنا خلافاً للشافعي، [وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ بفيء](١)، لِأَنَّهُ مال الْمُسْـلِم فأشـبه المنقول، ولنـا(٢): أنَّ العقار تابعةٌ للدار، محفوظـةٌ بيد سـلطانهم، والبائع لَا يفـارق أصله، وَإِذا مُلكت بقـاع أَهْل الحرب بالقهر، وظهر حكم الْإِسْلَام مُلك ما هُوَ تابع لَهَا، وَذَلِكَ نظير مسألة الجنين.

قَالَ: ومن قاتل من عبيده فَهُوَ فيءٌ، لِأَنَّهُ إِذَا قاتل فَقَدْ تمرد عَلَى مَوْلَاهُ، وخرج عـن يده وصار تابعاً لهم، ويحتمل أَنْ يَكُونَ هَذَا بالاتفاق عندنا كالعقار، ويحتمل أَنْ يَكُونَ مثلَ سائر المنقولات. والأول أصح.

٦١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي أَهْـلِ الحَرْبِ، إِنْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُوَادِعَهُم [فَعَلَ](٣)، وَإِنَ أَخَذَ عَلَىَ ذَلِكَ مَالاً فَلَا بَأْس بِهِ.

والمرتـدون إِذَا قالوا وادِعونا حَتَّى ننظر فِي أمرنا فَلَا بَأْسَ بأن يوادعَهم، وَلَا يأخذ عَلَى ذَلِكَ مَالاً، فإن أَخَذَ لَمْ يرده عَلَيْهِم.

أَمَّا الموادعة الْأُولَى فَإِنَّهَا ثابتةٌ بالسنة، فأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وادع أَهْل مكة(٤)، وَإِنَّمَا تجوز الموادعة عند حاجة الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّ هَذِهِ موادعة لَا يحصل بِهَا إقامة أحكام الْمُسْلِمِينَ، لأنَّهم يتركون عَلَى أحكامهم، وَلَا جهاد فِي هَذَا، فإنَّما يُفعل ذَلِكَ عند

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: ولأصحابنا

(٣) فِي ب

(٤) رواه ابن أبي شيبة فِي مصنفه برقم/ ٣٨٠٥٧/ .

الحاجـة إِلَى الاسـتعداد للقتال أَوْ للمجاوزة إِلَى قوم آخريـن، ولَا بَأْسَ بأن يأخذ منهم مَالاً، لِأَنَّهُ بمعنى الجزية وهؤلاء قوم يجوز أَخَذَ الجزية منهم.

ولَا بَأْسَ بموادعة أَهْل الردة، لِأَنَّ القتال شُرع لإعلاء الدين، وطلب الْإِسْلَام، فَإِذَا سـألوا الموادعة فَقَدْ وقع رجاء الْإِسْـلَام، وجب تأخير القتال، وَلَا يؤخذ منهم الْمَال، لِأَنَّهُ يشبه الحرية، وليسوا بأهل لَهَا، وَإِذا أَخَذَ لَمْ يرده، لِأَنَّهُ مالٌ لَا عصمة لَهُ.

٦١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي حَرْبِيَّـةٍ دَخَلَتْ إِلَيْنَا بِأَمَـانٍ، فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيّاً صَارَتْ ذِمِّيَّةً، وَإِنَ دَخَلَ حَـرْبِيٌّ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيّاً.

لِأَنَّ الْمَـرْأَة تابعةٌ للزوج، فَإِذَا تزوجت لزمها المقـام مَعَهُ فِي دارنا، فصارت ملتزمة بنكاحه، وَلَمْ يلتزم المقام مَعَهَا بنكاحه، بَلْ لَهُ حق الإسكان، إِلَّا أَنَّهُ لَا يترك لينقلها، فأمَّا أن يتبعها فَلَا.

٦١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي أَهْل البَغْي إِذَا كَانُوا فِي عَسْكَرٍ فَقَتَل رَجُلٌ مِنْهُم رَجُلاً عَمْداً، ثُمَّ ظَهَرْنَا عَلَيْهِم؛ قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ شيءٌ.

لِأَنَّ القصاص لَا يمكن اسـتيفاؤه إِلَّا بمنعة، وَلَمْ يكن لنا عَلَى دارهم ولاية، وَلَا لنا عَلَيْهِم منعة، فَصَارَ ذَلِكَ[1] مثل الَّذِي وجد فِي دار الحرب.

---

(١) وكانوا فِي هَذَا بمَنْزِلَةِ أَهْل الحرب يقتل بعضهم بعضاً ثم يسلم. سرخسي حاشية أ

٦١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَهْلِ البَغْيِ إِذَا غَلَبُوا عَلَى أَهْلِ الْمِصْرِ، فَقَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ رَجُلَاً مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ عَمْدَاً، ثُمَّ ظَهَرْنَا عَلَى ذَلِكَ الْمِصْرِ؛ قَالَ: يُقْتَصُّ لَهُ مِنْهُ.

وَإِنَّمَا معنى المسـألة أَنَّهم غلبوا، وَلَمْ يجـر فِيهَا حكمهم حَتَّى أزعجهم إمام أَهْل العدل فَلَمْ تنقطع ولايته أمام أَهْل العدل عن أَهْل المصر، فَلِذَلِكَ وجب القود.

٦١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ أَسْلَمَ فَقَتَلَهُ رَجُلٌ فِي دَارِ الحَرْبِ وَلَهُ أولادٌ مُسْلِمُونَ؛ قَالَ: لَيْسَ عَلَى قَاتِلِهِ الدِّيَةُ، وَإِنْ خَرَجَ إِلَينَا هَهُنَا إِنْسَانٌ وَلَيْسَ لَهُ أَوْلَادٌ مُسْلِمُونَ فَعَلَى عَاقِلَةِ قَاتِلِهِ الدِّيَةُ.

ومعنـى المسـألة أَنَّ القتل خطأٌ، وَقَدْ ذكرنا أَنَّ العصمـة المقومة لَا تثبت إِلَّا بالإحراز بدارنا.

٦١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ لَا يَرَى بَأْسَاً بِأَنْ يُسَافِرَ بِالقُرْآنِ فِي أَرْضِ الحَرْبِ.

وَقَدْ طُعن فِي هَذِهِ المسألة أَنَّ هَذَا خلاف السنة، فَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نهى أن يسافر بالقـرآن فِي أرض العدو[1]، وَقَالَ أبو الحسـين القُمِّي[2]: إِنَّمَـا كَانَ ذَلِكَ عند قلة

(١) متفق عَلَيْهِ، رواه البخاري برقم/ ٢٨٢٨/، ومسلم برقم/ ٤٩٤٦/.

(٢) القمِيُّ أبو الحسـنِ عليُّ بنُ موسـى بنِ يزيدَ، الإمامُ، العلامةُ، شـيخُ الحنفيَةِ بخراسانَ، =

المصاحـف، وَلَيْسَ كَذَلِكَ عندنـا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي السـير الكبير: إِنَّ ذَلِكَ لَا يكره فِي الجند العظيم، لِأَنَّ الغالب عَلَيْهِم السلامة والظفر، كَذَلِكَ صَنَعَ الله تَعَالَى بأوليائـه وحزبه [وجنـوده][1]، فأمَّا إِذَا كَانَتْ جريدة نخيـل فإنَّما يكره ذَلِكَ، وَفِي ذَلِكَ جاءت السنة، فإِنْ كَانَ بهم ضعفٌ، وبأهل الحرب قوةٍ وشوكةٍ يَوْمَئِذٍ، ودلت المسألة عَلَى أنَّ الْقُرْآن منزلٌ، وأنَّه كلام الله تَعَالَى غير مخلوقٍ.

= أبو الحسـنِ عليُّ بنُ موسـى بنِ يزيدَ القمِيّ النَّيسـابوريّ، كانَ عالمَ أَهْل الرَّأيِ فِي عصرهِ بلا مدافعة، وصاحبُ التَّصانيفِ، مِنْهَا: كِتَاب (أحكام الْقُرْآن) كِتَاب نفيس، تصدَّر بنيسابورَ للإفادة، وتخرَّج بِهِ الكبار، وبعدَ صيته، وطالَ عمرهُ، وأملى الحديث، وكانَ صاحبَ رحلةٍ ومعرفة.
سـمعَ منْ: محمَدِ بنِ حميدِ الرَّازيّ، ومحمَدِ بنِ معاويةَ بن مالج، وتفقَه بمحمَدِ بنِ شجاع الثَلجي. حدَثَ عنهُ: أبو بكرٍ أحمدُ بنُ سعدِ بنِ نصر، وأحمدُ بنُ أحيد الكاغديُّ، وآخرونَ. ذكره الحاكمُ، فعظَمهُ وفخَمهُ، وَقَالَ: توفي سنة خمس وثلاث مئة. سير أعلام النبلاء ١٤/ ٢٣٦

(١) فِي ب

[بَابُ الإِسْهَامِ لِلْخَيْلِ]

٦١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي العَسْكَرِ يَدْخُلُونَ أَرْضَ الحَرْبِ، فَمَنْ دَخَلَ مِنْهُم فَارِسَاً ثُمَّ نَفق فَرَسُهُ أَوْ عُقِرَ فَلَهُ سَهْمُ فَارِسٍ، وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلاً ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسَاً فَلَهُ سَهْمُ رَاجِلٍ.

وَهَذَا عندنا، وَقَالَ الشافعي ﷺ: عَلَى عكس هَذَا، واعتبر حال الوقعة، وَاحْتَجَّ بقول عمر ﷺ: (الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ)(١)، ولأَنَّ استحقاق الغنيمة بالجهاد وَهُوَ القتال، فوجب أن يعتبر حالهم يَوْمَئِذٍ، وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ [وقالوا](٢): بأَنَّ السبب انعقد عَلَى وجه، فَلَا يتغير، كما إِذَا مَاتَ أَوْ عقر بعد شهود الوقعة قَبْلَ أَنْ تضع الحرب أوزارها، وَهَذَا لِأَنَّ ابتداء الجهاد من حين دخول دار الحرب، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٌ صَـٰلِحٌ﴾ [التوبة: ١٢٠]، وَفِي ذَلِكَ إرهاب العدو، فانعقد سبباً ثُمَّ لَا يزال يزداد حَتَّى يتم بالإحراز بدار الْإِسْلَام مثل الجرح يوجد ثُمَّ يزداد حَتَّى يصير قتلاً، فَإِذَا انعقد وَهُوَ فارسٌ بقي كَذَلِكَ لبقاء صاحب السبب، وإِنْ كَانَ راجلاً بقي كَذَلِكَ وَلَمْ يتبدل.

وَلَا يلزم إِذَا بَاعَ فرسه بعدما دَخَلَ دار الحرب لِأَنَّ نقل الفرس كَانَ محتملاً

---

(١) وعند البيهقي أَنَّ هَذَا الكلام منسوب لعمر ﷺ، ومرة نسبه إِلَى أبي بكر وعلي ﷺ.

(٢) فِي ب

فَظَهَـرَ بعاقبته أَنَّهُ قصد بِهِ التِّجَارَة والربح، ومعنى قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِذَا وقع القتال فِي دار الْإِسْلَام أَوْ فِي أرضٍ فتحت[1] ثُمَّ لحق المدد لَا يَكُون لهم شيءٌ من الغنيمة.

٦٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَـالَى، فِي الَّذِي يَمُوتُ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى دَارِ الْإِسْـلَامِ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ فِي الغَنِيمَةِ شَيْءٌ، وَإِنَ مَاتَ بَعْدَمَا خَرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَهُ سَهْمُهُ.

ذكر خروجه، والمراد بِهِ إخراج الغنائم مع ذَلِكَ، وأصله أَنَّ الحق فِي الغنائم لَا يتأكـد قبل الإحراز عندنا، وَقَالَ الشـافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يتأكد بالفراغ عن القتال[2]، لِأَنَّ الجهاد قَدْ تم لِأَنَّ قهر العسكر هُوَ المطلوب، ولنا[3]: أَنَّ السبب ناقصٌ وَهُوَ الجهاد فَلَا يفيد كمال الحكم، لأَنَّهم قاهرون يداً، ومقهورون دَارَاً، باعتبار جماعتهم.

أَلَا تـرَى أَنَّ البقعـة لَمْ تصر دار الْإِسْـلَام، فثبت بِهِ القصور؟ فَـإِذَا مَاتَ قبل الإحراز لَمْ يورَث سهمه وبعد الإحراز يورِث [سهمه][4] لما قلنا.

٦٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ فِي نِصْفِ السَّنَةِ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ مِنْ العَطَاءِ شَيْءٌ.

---

(١) أي صَارَتْ دار الْإِسْلَام. حاشية أ

(٢) فِي ب: الحرب

(٣) فِي ب: ووجه قولنا

(٤) فِي ب

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَا كَانَتْ الأعطية يَوْمَئِذٍ لمن قَامَ بِشَيْءٍ من أَمَرَ الدين مثل المجاهد والمفتي والقَاضِي، وَقَدْ كَانَ لمن كَانَ لَهُ مزية خدمة فِي الْإِسْلَامِ مثل أزواج النَّبـي ﷺ، ومثل أولاد المهاجرين والأنصار، ولمن كَانَ عاجزاً احتاج إِلَى معونة، وَذَلِكَ كله صلة لَا تملك قبل التسليم.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو مَاتَ بعد السنة لَمْ يورث عَنْهُ؟ فهذا أولى.

وألا ترى أنَّ ما يشـبه الدين من الصلات يبطل بالموت كالنفقة؟ فهذا أولى، وإنما خص نصف السـنة لِأَنَّ عند آخر السـنة يستحب أن يصرف ذَلِكَ إِلَى ورثته، لِأَنَّهُ قَدْ أوفى عناه، فأمَّا قبل ذَلِكَ فَلَا إِلَّا عَلَى قدر عنائه.

٦٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَبْتَدِئَ الرَّجُلُ أَبَاهُ فَيَقْتُلُهُ، وَقَالَ: إِنْ أَرَادَكَ فَامْتَنِعْ عَلَيْهِ حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيرُكَ.

وأصله أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: (نهى حنظلة بن أبي عامر أن يقاتل أباه فيقتله وَقَالَ: إن أرادك فَامْتَنِعَ عَلَيْهِ حَتَّى يَقتلُه الكافرُ)[1].

أَلَا تَرَى أَنَّهُ أُمِرَ بالمعروف فِي مصاحبته بنَّص الْكِتَاب؟ فكيف يقتله.

وألا ترى أَنَّهُ يلزمه إحياؤه بماله ونفقته، فكيف يقتله بسيفه فيتناقض؟

وَلَهُذا قلنا لَا يرجمه فِي الزنا، وَإِنَ الْوَلَد لو كَانَ شـاهداً بزنا الأب رماه أولاً

---

(١) ذكر ابن حجر فِي الإصابة وروى بن شـاهين بإسـناد حسـن إِلَى هشـام بن عروة عن أبيه قَالَ اسـتأذن حنظلة بن أبي عامر وعبد الله بن أبي بن سلول رسول الله ﷺ فِي قتل أبويهما فنهاهما عن ذَلِكَ، ورواه ابن عمرو الشيباني فِي الآحاد والمثاني برقم/ ١٩٦٧/ .

وَلَـمْ يقصد قتله، فإن أراده الأب دفعه عن نفســه بِمَـا لَا يقصد بِهِ قتله، فإن ضاربه قتيلاً لَمْ يُكره.

أَلَا تَرَى أَنَّ الأب الْمُسْـلِم لو شـهر عَلَى ولده سـلاحاً كَانَ الجواب ما قلنا؟ فهذا أولى، وإنما يمتنع عَلَيْهِ ليقتله غيره، فَلَا يلحقه فِي ذَلِكَ مأثم.

٦٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي العَادِلِ يَقْتُلُ البَاغِي؛ قَـالَ: يَرِثُهُ. وَإِنْ قَتَلَ البَاغِي العَادِلَ، وَقَالَ: كُنْـتُ عَلَى حَقٍّ وَأَنَا الآنَ عَلَى الحَقِّ وَرِثَـهُ، وَإِنْ قَالَ: كُنْتُ عَلَى البَاطِلِ لَمْ يَرِثْهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: لَا أُورِثُهُ فِي الوَجْهَينِ جَمِيعاً.

وأصلـه أنَّ فعل العادل حقٌّ، حَتَّى لَا يأثم بِـهِ وَلَا يضمن، وصار ذَلِكَ كقتال أَهْـل الحرب، لِأَنَّ المحاربة تُبطـل العصمة، وَأَمَّا الباغي فَإِنَّهُ آثـمٌ لَكِنَّهُ لَا يضمن عندنا مثل العادل، وَقَالَ الشـافعي ﷺ: يضمن، لِأَنَّهُ ظالـمٌ متعدٍ، فَصَارَ كالذي لَا منعة لَهُ من أَهْل البغي.

ووجـه قولنـا: ما روي عن الزهـري ﷺ أَنَّهُ قَـالَ: وَقَعَتْ الفتنـة وأصحابُ النَّبي[١] ﷺ متوافرون فاتفقوا أنَّ كل دمٍ اسـتحل بتأويل الْقُرْآن فَهُوَ موضوعٌ، وكل مالٍ اسـتحل بتأويل الْقُرْآن فَهُوَ موضوعٌ، [وكل فرجٍ اسـتحل بتأويـل الْقُرْآن فَهُوَ موضوعٌ][٢]، ولأنَّ التأويل الفاسد ينزل منزلة الصحيح فِي حق الدفع، كتأويل أَهْل الحرب، وَذَلِكَ أنَّ أَهْل البغي يسـتحلون الدماء بتأويل أنَّ مباشرة الذنب كفرٌ، وَقَدْ

(١) فِي ب: رسول الله.

(٢) فِي ب

صَـارَتْ لهم منعة دافعة، فصح الدفع منهم، فقلنـا إِنَّهم لَا يضمنون، وَهَذَا التأويل فَوْق تأويل أَهْل الحرب، وَلَا منعة فِي حق صاحب الشـرع فَلَمْ يندفع المأثم، وَإِذا لَمْ يَكُنْ لَهُ منعة ألزمناه حكم الْإِسْلَام.

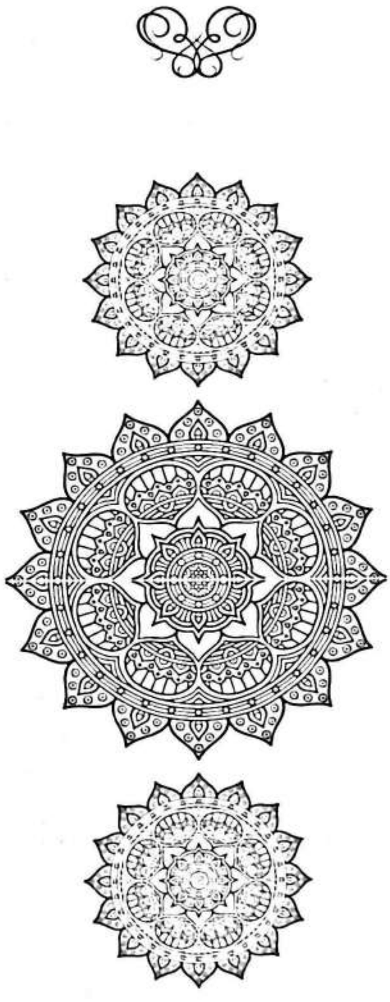
ثُـمَّ قَالَ أَبُو يُوسُـفَ رحمه الله: إِنَّمَا اعتبرنا تأويله فِي حكـم الدفع، فأمَّا فِي حكم استحقاق الميراث فَلَا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله: أَنَّ هَذَا القتل يسـاوي الحق فِي أحكام الدنيا، حَتَّى لَمْ يجب بِهِ الضمان، فَلَا يجب بِهِ الحرمان أَيْضاً، والميراث مسـتحق بالقرابة، وَإِنَّمَا هَذَا التأويل لدفع الحرمان الَّذِي شرع جزاء، ومن شرط الإرث أَنْ يَكُونَ مصراً عَلَى دعواه، فَإِذَا رَجَعَ فَقَدْ بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل، وَهَذَا البيان من الخواص.

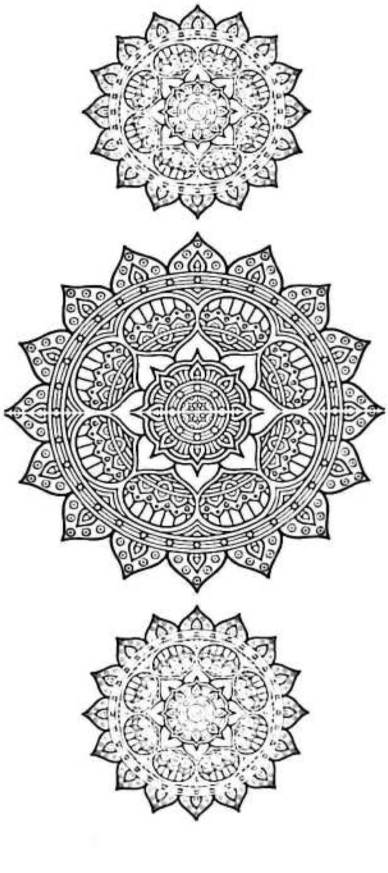
٦٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ بَيْعَ السِّلَاحِ فِي عَسَاكِرِ الفِتْنَةِ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَةِ.

لِأَنَّ ذَلِـكَ إعانةٌ عَلَى المعصية وتسـببٌ لَهَا، وَقَدْ نهينا عَنْـهُ، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائـدة: ٢]، وَقَالَ: وكان لَا يرى بَأْسَـاً بِالْبَيْـعِ بِالْكوفَةِ من أَهْـل الْكُوفَة ممن لَا يُعرف من أَهْـل الفتنة، لِأَنَّ المصـر إِذَا غلب فِيـهِ الصلاح كَانَ أَمَرَ الشـراء محمولاً عَلَى الجهـاد ورد الفتنة، فَلِذَلِكَ لَمْ يكره، وَهَذَا فِي السـلاح، فأمَّا فِيمَا لَا يُقاتل بِهِ إِلَّا بصَنعةٍ فَلَا بَأْسَ، كما كرهنا بيع المزامير، وأبطلنا بيع الخمر، وَلَمْ نر بِبَيْعِ العنب بَأْسَـاً، وَلَا بيع الخشـب وَمَا أشبه ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ ههنا، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ والله أعلم.



١٢- كِتَابُ البُيُوعِ



٦٢٥- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: إِذَا اشْتَرَيْتَ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ يُعَدُّ، فَاشْتَرَيتُ مَا يُكَالُ كَيْلاً، أَوْ يُوزَنُ وَزْناً، أَوْ مَا يُعَدُّ عَدَداً، فَلَا تَبعهُ حَتَّى تَكِيلَهُ أَوْ تَزِنَهُ أَوْ تَعُدَّهُ. فَإِنْ بِعْتَهُ قَبْلَ أَنْ تَفْعَلَ وَقَدْ قَبَضْتَهُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي الكَيْلِ وَالوَزْنِ، وَإِنْ اشْتَرَيتَ شَيْئاً مُذَارَعَةً وَقَبَضْتَهُ ثُمَّ بِعْتَهُ قَبْلَ أَنْ تَذْرَعَهُ فَالبَيْعُ جَائِزٌ.

وأصل ذَلِكَ [كلّه][١] أَنَّ الأموال ثَلَاثَة أنواع: مقدراتٌ مثل الكيلي والوزني، وعددياتٌ متقاربة، ومذروعاتٌ.

فإن اشتريت شَيْئاً من ذَلِكَ مشاراً إِلَيْهِ مجازفةً فَلَا بَأْس بِبَيْعِ ذَلِكَ، والتصرف فِيهِ، لِأَنَّهُ معلومٌ بالإشارة.

وَإِنَ اشتريت شَيْئاً من ذَلِكَ بشرط كيلٍ أَوْ وزنٍ أَوْ عددٍ أَوْ ذرعٍ، فإِنَّ لَمْ تقبضه فالتصرف فِيهِ باطلٌ لعدم القبض، وبعد القبض لَا يَجُوزُ التصرف فِي المكيل والموزون قبل الكيل والوزن، لما روي عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ: (نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ)[٢]. صاع البَائِع وصاع الْمُشْتَرِي.

والنهي عن البيع يدل عَلَى الفساد إِذَا كَانَ لمعنى فِي البيع وَهُوَ جهالة المبيع.

بيانه: أَنَّ البيع إِنَّمَا يتناول ما يحويه الكيل أَوْ الوزن، وَذَلِكَ مجهولٌ لِأَنَّهُ ربما يزيد فيلزمه ردُ الزيادة، فَصَارَ البيع فَاسِدَاً، إِلَّا أن يُعلَم فِي المجلس.

---

(١) فِي ب

(٢) رواه ابن ابي شيبة برقم/ ٢٣٢٨٤/، والبيهقي فِي معرفة السنن والآثار برقم/ ٣٥٢٤/.

فـإن كيل فَكَانَ وفاءً لزمــه الثَّمَــن، وَإِنَ ازداد رد الزيــادةَ، وَإِنَ انتقص رَجَعَ بحصة النقصان من الثَّمَن.

فـإِنْ كَانَ كِيل قبل البيع لَمْ ينتفع بِهِ الْمُشْـتَرِي لِأَنَّ البيع إِنَّمَا يتناول ما يحويه الكيــل، وَإِنَّمَا يعرف ذَلِكَ بكيــلِ حادثٍ، فإن كال لَهُ بعد العقــد، أَوْ وزنه بحضرة الْمُشْتَرِي كفاه ذَلِكَ عند مشايخنا.

ومنهم من قَالَ يشترط كيلان، وَاحْتَجَّ بِمَا روينا.

[مطلب: في الكيل الواحد]

والصحيــح أنَّ الكيل الواحــد كافٍ، لِأَنَّ الغرض مِنْهُ إعــلام المبيع وإفرازه وَذَلِكَ حاصل بالواحد.

والحديث محمولٌ عَلَى المســلَم إِلَيْهِ إِذَا اشْتَرَى حنطة مثل السلم بشرط الكيل، ووكل رَبّ السلم باقتضائه، فَإِنَّهُ لَا يصح إِلَّا بصاعين لاجتماع صفقتين بشرط الكيل.

فإن كاله البَائِع بعد البيع بِغَيْرِ حضرة الْمُشْتَرِي فعلى القول الْأَوَّل لَا شك أَنَّهُ لَا يصح.

فأمَّــا عَلَى قول العامة فإنَّ الصحيح فِيــهِ أن لَا يكتفي بِهِ حَتَّى يؤخذ كيل آخر بحضرة الْمُشْتَرِي.

وَقَــدْ قَالَ فِي الجامــع فِي بيع قفيزٍ من صبرة أَنَّ البَائِــع إِذَا كال مِنْهُ قفيزاً بِغَيْرِ حضرة الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ، أَنَّ البيع قائمٌ بقفيزٍ فِيمَا بقي، وَلَا يقع بِهِ الإفراز، والفصلان سواء.

وَذَلِـكَ أنَّ الكيل من باب التسـليم لما يتعلق بِهِ تمامه، ولمـا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَصِـحَّ إِلَّا بحضرته، فَـإِذَا لَمْ يفعل حَتَّى بَاعَهُ بعد ما قبضه فسـد لما بيّنا من جهالة المبيع، وَكَذَلِكَ لَا يحل التناول مِنْهُ لاحتمال أن يزيد فيأكل مال غيره فيصير بمعنى الربا.

[مطلب: في بيع المذروعات]

وَأَمَّا فِي المذروعات فإِنَّ البيع جائزٌ، لِأَنَّ الذرع صفةٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو ذرع فازداد لَمْ يزد شَيْئاً، وَلَوْ انتقص لَمْ يَرْجِع بِشَيْءٍ، فَلَمْ يكن فِي ذَلِكَ جهالة؟

وَأَمَّا فِي العدديات فَلَمْ يذكر فِي الْكِتَاب جوابه.

وَقَدْ ذُكر عن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أبطله، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ جائزٌ قبل العد.

وجه قولَهُما: إنَّ العدد لَا يتعلق بِهِ جواز البيع.

أَلَا تَـرَى أنَّها لَيْسَـتْ بِمَالِ الربـا باعتبار العدد حَتَّى أن جـواز البيع لَا يتعلق بالاستواء فِي العدد؟ فثبت أَنَّهُ لَا أثر للعدد فِي الجواز.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ فساد البيع إِنَّمَا وجب لجهالة المبيع، لجواز أن يزيد فيلزمه رد الزيادة، والعدد يعمل فِي ذَلِكَ عمل القدر.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى جوزاً عَلَى أَنَّهَا ألفٌ فوجد زيادة أَنَّهُ يرد الزيادة؟

وَإِنَ انتقـص رَجَعَ بحصته من الثَّمَن، وأنَّ السـلم يصـح فِيهَا عدداً، والدليل

عَلَيْـهِ أَنَّــهُ فِي ضمان العدِّ وأنَّه مثل الكيل والوزن[1] بخـلاف الربا، لِأَنَّهُ مبنيٌّ عَلَى قيام المماثلة بدليلٍ يوجب المماثلة.

والعددي أمثال باعتبار الاصطلاح عَلَى إهدار الفضل، فاعتبر ذَلِكَ فِي ضمان العدوان دون الربا الَّذِي لَا يُحتاط لإثباته.

(١) فِي ب: المكيل والموزون

[بَابُ اخْتِلَافِ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ]

٦٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي عَبْدَينِ فَيَقْبِضَهُمَا ثُمَّ يَمُوتُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ يَخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَن. أنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الحَيَّ، وَلَا يَأْخُذ شَيْئاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي حِصَّةِ الهَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ، وَيَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ عَلَى البَاقِي. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ، وَيَغْرَمُ الْمُشْتَرِي قِيمَةَ الهَالِكِ.

وأصل هَذِهِ المسألة: أنَّ المتبايعين إِذَا اختلفا فِي الثَّمَن حال قيام السلعة وجب التحالف بالسنَّة قبل القبض وبعده.

وَإِذا هَلَكَ المبيع بعد القبض لَمْ يجب التحالف عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله، وإنما يحلف الْمُشْتَرِي.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يتحالفان، ويرد الْمُشْتَرِي قيمة المبيع أَوْ مثله.

وَإِذا كَانَ المبيع شيئين فَهَلَكَ أحدهما لَمْ يتحالفا عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أصلاً، والْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فيهما، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يتحالفان فِي القائم دون الهالك.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يتحالفان فيهما، أَمَّا محمَّد رحمه الله فَقَدْ مر عَلَى أصله، وَإِنَّمَا اختلف أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُفَ رحمهما الله.

فوجه قول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الهلاك هُوَ المانع فيتعذر الامتناع بقدره، لِأَنَّ الحكم لَا يزيد عَلَى العلة.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ التحالف بعد القبض ثبت بخلاف القياس لما عُرف أنَّ البَائِع غير منكر، وَإِنَّمَا ثبت بالسنة.

وَإِنَّمَا وردت عند قيام السلعة، وَهُوَ اسمٌ لجميع المبيع، فَإِذَا هَلَكَ بعضه فَقَدْ فات الشرط وزال الحكم الَّذِي تعلق بِهِ غير معقولٍ.

والفقه من وجهين:

أحدهما: أنَّ التحالف فِي القائم إِنَّمَا يجب بحصته وَهِيَ مجهولة تُعرف بالظن، وَلَمْ يقع الشراء بِهَا، فيتأول الْمُشْتَرِي ذَلِكَ.

أَوْ البَائِع فيختلفان كاذبين عَلَى التأويل.

والثاني: أنَّ التحالف شُرع نظراً محضاً ليرد كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى رأس ماله، فَإِذَا تضمن ضرراً أَوْ شبهة ضررٍ كَانَ مردوداً.

وَفِي هَذَا ضرر تفريق الصفقة، لِأَنَّ المبيع خرج جملةً، وَفِي التفريق شبهة ضرر بخلاف الرد بالعيب أَنَّهُ لَا يمتنع بهذا الضرر، لِأَنَّ الرد بالعيب ثبت لدفع الظلم فَلَمْ تبطل شبهة الظلم والضرر فأمَّا هَذَا فإنَّما صير إِلَيْهِ رفقا بهما، فيبطل عند تمكن شيء من الضرر.

فَإِذَا ثبت هَذَا فعلى الطَّرِيق الْأَوَّل لَا يحلف، وَإِنَ رضي بِهِ البَائِع، فقول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: (إِلَّا أن يشاء البَائِع أَنْ يَأْخُذَ الحيَّ وَلَا يأخذ شَيْئاً)، ينصرف إِلَى يمين الْمُشْتَرِي أَنَّهُ يحلف، إِلَّا أن يصطلحا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ البَائِع العَبْد الحي وَلَا يطلب الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ من الثَّمَن وَلَا من القيمة، وَهَذَا معنى قولَهُ هاهنا: (وَلَا يأخذ شَيْئاً).

وَقَالَ فِي البيوع: وَلَا يأخذ من ثمن الميت شَيْئاً لوقوع الصلح.

وَعَلَى الطَّرِيق الثَّانِي لَا يتحالفان إِلَّا أن يرضى البَائِع، فيتحالفان مثل قول أَبِي يُوسُفَ ﵀.

وقولَهُ: (وَلَا يأخذ شَـيْئاً) أي من قيمة الهالـك، ومن الفضل الَّذِي يَدَّعِي فِي حصته من الثَّمَن.

وَهَذَا معنى قولَهُ فِي الأصل: (من ثمن الميت) أي من قيمته، أَوْ (من ثمنه[1]) الَّذِي يَدَّعِي البَائِع من الزيادة.

وتفسـير قول محمَّد ﵀: أن يحلف الْمُشْتَرِي بالله ما اشتراهما بالعين، ولقد اشـتراهما بألف فإن نَكَلَ قَضَى عَلَيْهِ، وَإِنَ حلف حُلّف البَائِع بالله ما باعهما بألف ولقد باعهما بالعين فإن نَكَلَ قَضَى عَلَيْهِ وَإِنَ حلف رُدّ البيعُ فيهما.

وعند أَبِي يُوسُفَ ﵀ يحلف الْمُشْتَرِي أولاً بالله ما اشتراهما بألفين فإن نَكَلَ قَضَى عَلَيْهِ، وَإِنَ حلف حُلّف يميناً أُخرَى للتحالف.

كَذَلِكَ قَالَ بعضهم لقولَهُ هاهنا: (بعد يمين الْمُشْتَرِي ويتحالفان) وَهَذَا غلطٌ عندنـا، وَإِنَّمَا عَلَيْـهِ يمينٌ واحدٌ، وَلَا معنى لأن يحلف عَلَى عين ما قَدْ حلف عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يحلف كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى جميع العقد، لأنَّ التفريق يبطل المراد باليمين، فَإِذَا فسخ العقد فِي القائم سقط ثمنه ولزمه الباقي.

وَإِنَّمَا يُقسم عَلَى قيمتها فيلزم الْمُشْتَرِي ما أَقَرَّ بِهِ، ويستحلف يميناً أُخرَى عند بعضهم عَلَى ما حكينا.

---

(١) فِي ب: من هَذَا

فإن اختلفا فِي قيمة الهالك، فإنَّ القول قول البَائِع، وَإِذا أقاما البينة، فإنَّ البينة بينته أَيْضاً عَلَى قياس ما ذكر فِي كِتَاب البيوع.

فِي رَجُلٍ اشْتَرَى عبدين فقبضهما ثم يرد أحدهما بالعيب، وَقَدْ هَلَكَ الآخر عند الْمُشْتَرِي، واختلفا فِي القيمة، أنَّ القول قول البَائِع، لِأَنَّهُ فسخ بعد التمام، فَصَارَ القول قول من أنكر فضلاً فِيهِ.

وَقَالَ: إن أقاما البينة فالبينة بينة البَائِع لما قلنا ثمة، فكذا هاهنا.

٦٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي مِنْ الرَّجُل الثَّوبَينِ يَأْخُذُ أَيهُمَا شَاءَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ؛ قَالَ: هَذَا جَائِزٌ يَأْخُذُ أَيهُمَا، وَكَذَلِكَ الثَّلَاثَةُ.

وَأَمَّا الأربعة فإنَّ البيع فِيهَا فاسدٌ إِذَا قَالَ: آخذ أيهما شئتُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ.

وأصله: أنَّ البيع فِي ثوب من الثوبين أَوْ الثلاثة غيرَ معلوم فاسدٌ فِي القياس لكونه مجهولاً جهالة توجب منازعة، كشاةٍ من القطيع، وثوبٍ من العِدل.

وَفِي الاستحسان جائزٌ لِأَنَّهُ بمعنى ما جاءت بِهِ السنة وَهُوَ شرط الخيار ثَلَاثَة أيام، لِأَنَّهُ أوجب تعليق أحكام العقد بسقوط الخيار، وَذَلِكَ مخالفٌ لموجب الشرع.

لَكِنَّهُ لما كَانَ مستدركاً جُوّز لحاجة النَّاس، فَكَذَلِكَ الجهالة، وَهَذَا أولى، لِأَنَّ الجهالة بعلة المنازعة تمنع، وعند تعيين من لَهُ الخيار تبطل المنازعة، والحاجة هاهنا ألزم لِأَنَّ النظر إِلَى شيئين أَوْ ثَلَاثَة لاختيار الأرفق والمشهور فِي

ذَلِكَ أَمَرَ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَهَذَا العدد أخص بهذا النظر أَيْضَاً، لِأَنَّ الْأَشْـيَاء ثَلَاثَة أنواع: جيـدٌ ورديءٌ ووسـطٌ، فتنقضي بِهَا الحاجـة، فوجب تعدية حكم النـص إِلَيْهِ[1] بخلاف الأربعة، لِأَنَّ الجهالة زائدةٌ والحاجة قاصرةٌ.

فَإِذَا ثبت هَذَا فشـرط صحة هَذَا البيع أَنْ يَكُونَ مـن لَهُ خيار التعيين معلوماً، فأمَّا خيار الشرط يوماً أَوْ يومين أَوْ ثَلَاثَة فشرط عند بعض مشايخنا.

وعند بعضهم يشترط خيار الشرط أَيْضَاً، لكن إعلامه لَيْسَ بشرط.

والصحيح عندنا أَنَّهُ لَيْسَ بشرطٍ، كَذَلِكَ ذكره فِي الجامع، لكن لَا بُدَّ من بيان من لَهُ خيار التعيين قطعاً للمنازعة، فإن لَمْ يشـترط مع ذَلِكَ خيار الشرط لزم البيع فِي غَيْرِ المعين، والآخر أمانة عنده.

وَإِنَ شرط مع ذَلِكَ خيار الشرط فَلَا بُدَّ من توقيته، وعند ذَلِكَ لَا يلزمه العقد فِي غَيْرِ العين أَيْضَاً، حَتَّى إنَّ لصاحب الخيار ردَّهما جَمِيْعَاً.

وَإِنَ هَلَكَ من لَهُ الخيار بطل خيار الشـرط وثبت للوارث خيار التعيين، فأمَّا خيار الشرط بطل[2]، حَتَّى أنَّ الوارث لَا يَمْلِك ردهما.

وَكَذَلِـكَ إِذَا انقضى وقـت الخيار فِي حياة المورث بطل خيارُ الشـرط، فَلَا يَمْلِك ردهما جَمِيْعَاً.

وإنما قَالَ: اشْتَرَى ثوبين وَإِنَّمَا اشْتَرَى أحدهما مجازاً لاحتمال أَنْ يَكُونَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ المبيعَ.

---

(١) أي بدلالة النص لَا بالقياس لأن الأصل ثابت بخلاف القياس. من حاشية أ

(٢) فِي ب: فَلَا.

٦٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ جَارِيَةً بَيْعاً فَاسِداً، فَقَبَضَ الْجَارِيَة وَقَبَضَ الآخَرُ الثَّمَنَ؛ قَالَ: لَيْسَ لِصَاحِبِ الْجَارِيَة أَنْ يَأْخُذَهَا حَتَّى يَدْفَعَ الثَّمَنَ الَّذِي أَخَذَهُ. فإِن مَاتَ الَّذِي أَخَذَ الدَّرَاهِم وَقَدْ اسْتَهْلَكَ الدَّرَاهِم، فالْمُشْتَرِي الَّذِي فِي يَدِهِ الْجَارِيَة أَحَقُّ بِهَا حَتَّى يَسْتَوْفِي.

ومعنى المسألة أَنْ يَكُونَ الفساد لشرط فاسد.

ووجه ذَلِكَ: أَنَّ المبيع مقابلٌ بالثمن الَّذِي قبض بإزائه وإِنْ كَانَ البيع فَاسِداً، فاعتبرنا المقابلة عند الفساد كما اعتبرنا عند الصحة، فَلَمَّا صَارَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مقابلاً بصاحبه مقبوضاً بِهِ صَارَ محبوساً بِهِ كالرهن بالدين فَصَارَ أحق بالعين من البَائِع حَتَّى يسلم لَهُ ماله، فَإِذَا تقدم عَلَيْهِ فِي حياته، تقدم عَلَى غرمائه بعد وفاته، كما فِي عقد الرهن، وَإِذَا تقدم عَلَى غرمائه وَقَدْ استهلك الآخر الثَّمَن وجب أن يباع بحقه، وَإِذَا كَانَ لَمْ يستهلك الثَّمَن فلصاحبه أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ عينَ ما نقده، لِأَنَّ الدَّرَاهِم فِي البيع الفاسد متعينة كَذَلِكَ.

ذكره فِي كِتَاب الصرف أَيْضاً لما عرف أَنَّهُ فِي حكم النقض والاسترداد يشبه الغصب.

ودل ذكر القبض مطلقاً عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي شراء فَاسِداً إِذَا نقد الثَّمَن صحَّ مِنْهُ قبض المبيع بِغَيْرِ إذن البَائِع بعد الافتراق لِأَنَّ كُلَّ بائعٍ راضٍ بالقبض عند النقد.

وَإِنَّمَا جواب المأذون حين شَرَطَ القبض بعد الافتراق الإذن فِيمَا إِذَا لَمْ ينقد الثَّمَن، أَوْ كَانَ الثَّمَن خمراً فَلَمْ يَمْلِك بالقبض.

فأمَّا إِذَا كَانَ الثَّمَن يَمْلِك بالقبض فَلَا حاجة إِلَى الإذن بعد النقد فيكون النقد إذناً مِنْهُ.

٦٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ غُلَامَاً لِنَفْسِهِ، وَشَرَطَ خِيَارَ رَجُلٍ آخَرَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ قَالَ: أَيُّهُمَا أَوْجَبَ البَيْعَ وَجَبَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ البَيْعَ انْتَقَضَ.

هَذَا البيع عَلَى هَذَا الشرط فاسدٌ فِي القياس، وَهُوَ قول زفر ﷺ، لِأَنَّ شرط الخيار حكم من أحكام العقد، فَإِذَا شرط لغير العاقد بطل كما إِذَا شرط الملك لغيره أَوْ الثَّمَن عَلَى غيره.

وَفِي الاستحسان صحَّ لِأَنَّ شرط الخيار للأجنبي لَا يصح إِلَّا بطريق النيابة عن العاقد فوجب تقديم ذَلِكَ عَلَيْهِ مقتضى صحته.

وزفر ﷺ لَا يرى تقديم الزيادة بطريق الاقتضاء.

وأصحابنا يرون ذَلِكَ، كما اختلفوا فِي الرَّجُلِ يقول لآخر: أَعْتَقَ عبدك هَذَا عني بِأَلْفِ دِرْهَم، فهذه فرع تلك [المسألة][1].

وَإِذَا صحَّ فإيهما تصرف صحَّ فسخ أَوْ أجاز، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْلِك التصرف بانفراده، فإن أجازه أحدهما ونقض الآخر، فالسابق أولى لِأَنَّ تصرفهما يَرْجِع إِلَى أمرٍ وَاحِدٍ وولايةٍ وَاحِدَة، فَإِذَا صحَّ السابق مِنْهُمَا لزم كما لو فعلاه

(١) فِي ب

جَمِيْعَاً، فإن خرج كلامهما مَعَاً، فَقَدْ قَالَ فِي كِتَاب البيوع: إنَّ تصرف المالك أولى نَقَضَ أَوْ أجاز.

وَقَالَ فِي المأذون: النقض أولى فعله الوكيل أَوْ الموكِّل.

وجـه رواية البيوع أنَّ تصرف المـوكل ينبني عَلَى ولاية الملك وَلَا تعارضها ولايـة النيابة، ووجه الرواية الأُخْرَى أنَّ الوكيل نائبٌ فحل محل الموكل فاستويا فوجب الترجيح من حال التصرف، وَهُوَ أنَّ البعض يصلح ناسخاً للجواز.

والإجازة لَا تصلح ناسخةً للنقض، فَكَانَ[1] النقض أولى.

وقيل ما ذكر فِي البيوع قول محمَّد ﷺ، وَمَا ذكر فِي المأذون قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ، لِأَنَّ محمَّداً ﷺ يقدم ولاية الملك، وأَبُو يُوسُفَ ﷺ يسوي بينهما.

وأصله فِي الوكيل بالسلم أَوْ شراء شيءٍ بِغَيْرِ عينه إِذَا عقد وَلَمْ تحضره النية أنَّ عند محمَّد ﷺ يقع للوكيل، وعند أَبِي يُوسُفَ ﷺ يُحكم بالنقد [إِنْ كَانَ النقد من مال الموكل فالعقد لَهُ، وإِنْ كَانَ من مال الوكيل فالعقد للوكيل][2].

وذكر فِي النوادر فِي الوكيل يبيع العَبْد إِذَا خرج بيعه إِيَّاهُ مِنْ رَجُلٍ، وبيع الموكل إِيَّاهُ من آخر مَعَاً، أنَّ بيع الموكل أولى عند محمَّد ﷺ، وعند أَبِي يُوسُفَ ﷺ يُجعل نِصْفَيْنِ، ويخيّر كل واحد مِنْهُمَا إِنْ شَاءَ أَخَذَ النصف بنصف الثَّمَن، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ البيع.

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب: فَصَارَ

(٢) فِي ب

[بَابٌ فِي المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ]

٦٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى ثَوْباً بِخَمْسَـةٍ، ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِسِتَّةِ دَرَاهِمَ، ثُمَّ اشْـتَرَاهُ بِثَمَانِيَةِ دَرَاهِمَ؛ قَالَ: يبيعه مُرَابَحَةً بِسَـبْعَةِ دَرَاهِمَ، يَحُطُّ كُلَّ رِبْحٍ رَبِحَهُ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَسْـتَغْرِقُ الثَّمَنَ لَمْ يَبِعْهُ مُرَابَحَةً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الآخَرِ.

وتفسـيره: رجل اشْتَرَى ثَوْباً بخمسـة، ثُمَّ بَاعَهُ بعشرة، ثُمَّ اشْتَرَاهُ بسبعة، بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِدِرْهَمَيْنِ، وحط خمسة، وَإِنَ اشْتَرَاهُ آخر بخمسة لَمْ يبعه مُرَابَحَةً أصلاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وجه قولَهُما: إنَّ هَذَا شـراء جديد، فوجب أن يبني عَلَيْهِ المرابحة، وَلَا يعتبر ما سبق، لِأَنَّ المرابحة بيع ما اشْتَرَى بمثل ما اشْتَرَى وزيادة.

ونظيره إِذَا بَاعَهُ الْمُشْتَرِي من آخر، ثُمَّ إِنَّ الْأَوَّل اشْتَرَاهُ أَنَّهُ لَا يحط شَيْئاً.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ بيع المرابحة تمتنع بالشبهات كما تمتنع بالحقيقة، لِأَنَّهُ من باب الربا.

أَلَا تَرَى أَنَّ من اشْـتَرَى شَـيْئاً بثمـنٍ مؤجلٍ لَمْ يجز لَهُ أَنْ يَبِيعَـهُ حالاً مُرَابَحَةً عَلَى ذَلِكَ الثَّمَنِ؟ لِأَنَّ الأجل حق يُزاد فِي الثَّمَن لأجله، فَصَارَ لبعض الثَّمَن شـبهة

المقابلة [بِهِ][1]، فأُلحق بحقيقة المقابلة، وصار كأنَّه اشْـتَرَى شـيئين فَبَاعَ أحدهما بثمنهما جَمِيْعَاً مُرَابَحَةً.

وَكَذَلِـكَ رجـلٌ لَهُ عَلَى آخرٍ عشـرة دَرَاهِمَ فصالحه عَلَى ثـوب مِنْهَا لَمْ يبعه مُرَابَحَـةً عَلَى عشـرة، لِأَنَّ الصلح دلالة الحط، وَلَوْ وجـدت حقيقة الحط لَمْ يبعه مُرَابَحَةً بعشرة، فَكَذَلِكَ إِذَا وجدت شبهته.

وَفِي مسألتنا لما اشْتَرَى ثَوْبَاً بخمسة ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بستة، فهذا الربح كَانَ محتمِلاً للبطلان بأن يرد الْمُشْتَرِي الثوب بالعيب، فَلَمَّا اشْتَرَاهُ البَائِع فَقَدْ أمن فوت الربح، فَصَارَ مؤكِداً لَهُ بهذا العقد، فاستفاد بهذا العقد تأكيد الربح مع الثوب بثمانية[2] دَرَاهِمَ.

وللتأكيـد شـبه بالإيجاب فِـي الحقيقة، وَكَذَلِـكَ فِي الحكـم، وَلِذَلِكَ غُرم شـهود الطلاق قبل الدُّخُول نصف الصـداق[3]، فأُلحق بحقيقته وَهُوَ أن يَشْـتَرِي ثَوْبَاً ودرهماً بخمسـة دَرَاهِمَ، فيصير الدرهـم بالدرهم، وَمَا بقي بإزاء الثوب يبيعه مُرَابَحَةً عَلَى ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ فِي موضع الشبهة.

وَأَمَّـا إِذَا تخلل ثالث فَقَدْ صَارَ مؤكداً فَلَمْ يسـتفد الْمُشْـتَرِي تأكيد ما ربح[4] بهذا العقد.

وإِنْ كَانَ يستغرق الثَّمَن صَارَ كرجل أَخَذَ ثَوْبَاً وخمسة دَرَاهِمَ بخمسة دَرَاهِمَ، فَلَا يبقى بإزاء الثوب شيءٌ، والله أعلم.

وَلَمْ يعتبر هَذَا فِي فساد البيع، لِأَنَّهُ لَا يفسد بالشبهات.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: بخمسة

(٣) فِي ب: إِذَا رجعوا ضمنوا نصف المهر.

(٤) وَهُوَ السبعة. حاشية أ

٦٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى ثَوْباً فَقَطَعَهُ وَلَمْ يخطه، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْباً رَجَعَ عَلَى البَائِعِ؛ فَإِنْ قَالَ البَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ فَلَهُ ذَلِكَ، وإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي صَبَغَهُ أَحْمَرَ رَجَعَ بِالعَيْبِ عَلَى البَائِعِ. فَإِنْ قَالَ البَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبَداً، وَإِنَ صَبَغَهُ أَحْمَرَ ثُمَّ بَاعَهُ بَعْدَ مَا رَأَى العَيْبَ، فَإِنَّهُ يَرْجِع فِيمَا بَينَ العَيْبِ وَالصِّحةِ. وَإِنَ قَطَعَهُ ثُمَّ بَاعَهُ لَمْ يَرْجِع بِنُقْصَانِ العَيبِ أَبَداً، أَمَّا إِذَا قَطَعَهُ فَلَمْ تَتَبدلِ العَينْ، وَلَمْ يَهْلِكْ.

أَلَا تَرَى أَنَّ حق المالك لَا يَنْقَطِعُ بِهِ فِي الغصب، إِلَّا أَنَّهُ عيب يعجز بِهِ عن الرد، فرجع بالنقصان؟

فَإِنْ قَالَ البَائِع أنا أقبله فَلَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ حق الرد قائمٌ لقيام المبيع، ولكنه تعذر لضرر يلحق البَائِع.

فَإِذَا رضي زال المانع.

فإن بَاعَهُ مِنْ بَعْدِ وَهُوَ يعلم أَوْ لَا يعلم، فَقَدْ صَارَ ممسكاً بِالْبَيْعِ لقيام الْمُشْتَرِي مقامه، فَصَارَ مبطلاً للرد، وَهُوَ الحق الأصلي فَلَمْ يَرْجِع بِشَيْءٍ بخلاف ما إِذَا خاطه ثُمَّ بَاعَهُ، فَإِنَّهُ يَرْجِع بالنقصان.

وَإِنَ علم بِهِ يوم بَاعَهُ أَوْ بعدما بَاعَهُ، لِأَنَّ الرد كَانَ ممتنعاً بالخياطة، لِأَنَّهُ يشبه الهلاك، فَصَارَ بيعه وتركه سواء.

وَلَهُذا قلنا فِيمَنْ اشْتَرَى ثَوْباً فقطعه لباساً لولده الصَّغِير وخاطه أَنَّهُ لَا يَرْجِع بنقصان العيب أَبَداً، لِأَنَّهُ صَارَ واهباً لَهُ بالقطع مسلماً إِلَيْهِ بيده قبل الخياطة.

وَلَـوْ كَانَ الْوَلَـد كبيراً رَجَعَ بالنقصان، لِأَنَّهُ لَمْ يصر مسـلماً إِلَّا بعد الخياطة، فَلَمْ يبطل حقه.

وَأَمَّا الصبغ فزيادة، وَلَمْ يتناوَلَهُا البيع، فَلَمْ يصح الفسـخ فِيهَا، وتعذر فصلها عن الأصل، فبطل الفسخ، ولما كَانَ غير متولد من المبيع ولكن اتصل بِهِ لَمْ يصلح تبعاً بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل عند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ، لِأَنَّهُ تابعٌ للأصل فَلَمْ يمنع الفسخ.

فَإِذَا امتنع الرد بسبب الصبغ رَجَعَ بحصة العيب، وَذَلِكَ أن يُقوَّم صحيحاً كما أوجبه البيع، وغير صحيح عَلَى حاله، فَإِذَا ظهر ذَلِكَ رَجَعَ بقسـطه من الثَّمَن، لِأَنَّ الرد امتنع حكماً لهذه الزيادة، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الهلاك، فَإِذَا بَاعَهُ مِنْ بَعْدِ لَمْ يَكُنْ للبيع أثر، لِأَنَّهُ كَانَ الرد ممتنعاً، فَلَمْ يصر بِالْبَيْعِ ممسكاً، فَلَمْ يبطل حقه.

٦٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي دَابَّةً [فَقَبَضَهَا، أَوْ جَارِيَةً][(١)] فَيَجِدُ بِهَا جُرحاً فَيُداويهَا أَوْ يَرْكَبُهَا لِحَاجَةٍ لَهُ؛ قَالَ: هَذَا رِضاً.

أَمَّا المداواة فدليل الرضا والإمساك، وَهُوَ من الخواص.

وَأَمَّا الركوب لحاجة فَكَذَلِكَ دليل الرضا أَيْضاً، وَكَذَلِكَ كل ركوب لَيْسَ من أرباب الرد فَهُوَ رضاً.

بخلاف خيار الشـرط فإنَّ ركوب الدَّابَّة للاختيار لَا يبطله، لِأَنَّهُ مقصودُ ذَلِكَ الخيار، فأمَّا هاهنا فغير مقصود بِهِ.

---

(١) فِي ب

فأمَّـا إِذَا ركبها ليسـقيها، وَلَمْ يجد بـدًّا مِنْهُ لعجزه أَوْ لصعوبتهـا، فَذَلِكَ من أسباب الرد.

وَكَذَلِـكَ الركوب لحمل العلـف إِذَا كَانَ فِي وعاءٍ وَاحِدٍ، فإِنْ كَانَ فِي عِدلين فَلَا حاجة إِلَى الركوب، فَصَارَ رضاء [بِهِ][1].

٦٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِـنْ مِائَـةِ ذِرَاعٍ مِنْ الحَمَّامِ، أَوْ مِـنَ الدَّارِ؛ قَالَ: البَيْعُ فَاسِـدٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: [البَيْعُ][2] جَائِزٌ. وَإِذا اشْـتَرَى عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنْ الدَّارِ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعاً.

ذكر الخصَّاف[3] فِي هَذِهِ المسـألة أنَّ فسـاد البيع عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لجهالة

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) الخصـاف العلامة، أحمد بن عمرو بن مهير الشَّـيبانيّ أبو بكر الخصاف أحد الفقهاء عَلَى مذاهب أَهْل العراق، حدث عن هشام بن عبد الملك وإبراهيم بن بشار الرَمادي ومسدد بن مسـرهد وعبد الله بن مسـلمة القعنبي ويحيى بن عبد الحميد الحماني والواقدي وعبد الله بن محمَد بن أبي شـيبة وأبي معاوية الضَرير وعلي بن المدينيّ ومعاذ بن أسـد الخراساني والحسين بن القاسم النَخعيّ الكوفي وعمرو بن عاصم الكلابي وأبي عامر العقدي ومحمد بن الفضل عارم ووهب بن جرير بن حازم والحسن بن عنبسة الوراق والفضل بن دكين أبي نعيم ومعلى بن أسد وأبي عمر حفص بن عمر الضَرير وعمرو بن عون الواسطيّ ومسلم بن إبراهيم الأزديّ وخلق كثير غير هؤلاءِ، وكانَ فاضلا فارضاً حاسباً عالما بمذاهب أصحابه، مات سنة ٢٦١هـ. الوافي بالوفيات ٧/ ١٤٧، وسير أعلام النبلاء ١٣/ ١٢٣

جملة الذرعان، فأمَّا إِذَا عرفت مساحتها فَهُوَ جَائِزٌ، وجعل ذَلِكَ نظير بيع كل شاةٍ من القطيع بعشرةٍ.

وذكر أبو زيد[1] فِي الشروط أَنَّهُ باطلٌ وَإِنَ عرفت ذرعان الجملة، وَهُوَ جواب الْكِتَاب نصاً هاهنا، وَهُوَ الصحيح.

وقولَهُما استحسان، لِأَنَّ الذراع فِي العادة اسمٌ للسهم الشائع، والبيع فِي السهم الشائع صحيحٌ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ محض القياس، وَهُوَ أَنَّ البيع وقع عَلَى بقعةٍ معينةٍ مجهولةٍ فبطل كبيع بيتٍ من بيوت الدار.

بيانه: أَنَّ الذراع اسمٌ لما يُذرع بِهِ الممسوح، وَقَدْ استعير لما يحله ويجاوره وَهُوَ العين الَّذِي محله الذراع.

فأمَّا الشائع فَلَا يحله وَلَا يجاوره بحال فَلَمْ يصح إن يستعار للشائع، فَلِذَلِكَ بطل العقد بخلاف السهم.

أَلَا تَرَى أَنَّ ذراعاً من مائة ذراعٍ وذراعاً من عشرة أذرعٍ سواءٌ؟ وسهمٍ من عشرةٍ لَا يوازيه[2] سهمٌ من مائة سهمٍ.

---

(١) أحمد بن زيد الشروطي أبو زيد ذكره أبو الفتح محمّد بن إسحاق النديم فِي كتابه الفهرست فِي جملة أصحابنا وَقَالَ: لَهُ من الكتب كِتَاب الوثائق وكتاب الشروط الكبير وكتاب الشروط الصَّغِير، وذكره السغناقي فِي شرحه فِي أثناء كِتَاب البيوع فَقَالَ فِي بحث ذكره أبو زيد الشروطي فِي شرحه، توفي تقريبا فِي ٢٠٠هـ. الطبقات السنية فِي تراجم الحنفية ١/ ١٧٠

(٢) فِي ب: ويساويه

٦٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِـمَ، فَيَبِيعُهُ الَّذِي عَلَيْهِ العَشَرَةُ دِينَـاراً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، ثُمَّ يَجْعَلَانِ العَشَرَةَ دَرَاهِمَ قِصَاصَاً بِالعَشَرَةِ الَّتِي عَلَيْهِ، أَيَكُونُ قِصَاصَاً؟ قَالَ: نَعَمْ.

وهذه ثَلَاثَة فصول:

أحدها: ما ذكرنا هاهنا.

الثَّانِي: أَنْ يَبِيعَهُ بِهَا.

والثالث: أَنْ يَبِيعَهُ بعشرة، ثُمَّ تحدث لَهُ عشرة بثوب يَشْتَرِيه مِنْهُ فيتقاصان بِهَا.

أَمَّـا إِذَا أضاف إِلَـى الدِّين صحَّ بِالْإِجْمَـاعِ، لِأَنَّ النقد تعيـن فِي حق المقدار والوصـف، فَإِذَا أضاف العقد إِلَى الدين صحت الإضافة لمعرفة الوصف، وَهُوَ أن يجـب بالعقد بمن لَا (يجـب)(١) تعيينه، وَلَا يجب بِهِ قبض معيـن، وَذَلِكَ صحيحٌ لِأَنَّ تعييـن أحـد العوضين فِي الصرف للاحتراز عن الديـن بالدين، وتعيين الآخر للإحتراز عن الربا، وَلَا ربا فِي دين يسقط، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي دين يقع الخطر فِي عاقبته.

أَلَا تَرَى أَنَّ بيع الدين بالدين حرامٌ؟

وَلَـوْ تصارفا دَرَاهِمَ دينٍ بدنانير ديـنٍ صحَّ لما قلنا من فوت معنى الخطر فِي دينٍ ثابتٍ يسقط بِالْبَيْعِ.

فأَمَّـا إِذَا أطلق البيع وجب بِهِ ثمن تعيينه، ووجب بالعقد قبض معين احترازاً

---

(١) فِي ب

عن الربا، والدين لَا يصلح وفائه فَلِذَلِكَ لَمْ يصر قصاصاً، فإن تقاصا لَمْ يجز قياساً وصح استحساناً لِأَنَّ من ضرورة صحة المقاصّة فسخ العقد الْأَوَّل.

فقلنا نحن بإثبات المقتضى استحساناً، وأبى ذَلِكَ زفر رحمه الله قياساً كما اختلفوا فِيمَنْ قَالَ لآخر: (أَعْتَقَ عبدك عني بِأَلْفِ دِرْهَم)، وَأَمَّا إِذَا حدث الدين بعد الصرف فَلَا يشكل لِأَنَّ المقاصة لَا تقع، لِأَنَّهُ لو كَانَ موجوداً لَمْ تقع، فهذا أولى.

فـإن تقاصا صـحَّ ذَلِكَ فِي بعض الروايات لما قلنا مـن نَقَضَ الْأَوَّل مقتضى تصحيح ما قصد.

وَفِي بعض الروايات قَالَ: لَا يصح، وَذَلِكَ فِي كِتَاب الصرف، والأول أصح.

[بَابُ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَمَا لَا يَجُوزُ]

٦٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، قَالَ: لَا يَجُـوزُ إِجَارَةُ الْمَرَاعِي، وَلَا بَيْعُهَا.

أَمَّـا البيع فلأنه يتناول ما لَيْسَ بملـك لِلبَائِعِ، وَلَا هُوَ أحق بِهِ، بَلْ الْمُشْـتَرِي أسـوة [لَهُ][1] فِيهِ، وَهُوَ الكلأ، قَالَ النَّبي ﷺ: (النَّاسُ شُـرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْمَاءِ، وَالْكَلأ، وَالنَّار)[2].

وَإِنَّمَا يجوز بيعه إِذَا أحرزه فملكه، فَصَارَ أحق بِهِ ثُمَّ بَاعَهُ.

وَأَمَّا الإجارة: فَإِنَّهَا شـرعت لملك المنافع، وهذه إجارة وَقَعَتْ عَلَى أعيان، وَهِيَ الكلأ مِنْ غَيْرِ ملك الآخر فِيهَا.

وَلَوْ وقفت عَلَى اسـتهلاك عينِ مملوكٍ بطلت، وَهُوَ أن يستأجر بقرةً ليشرب لبنها، فهذا أولى.

وَقَالَ فِي طيرٍ إِذَا أفرخت فِي أرض رجلٍ، فمن أَخَذَ فراخها فَهِيَ لَهُ.

قَالَ محمَّد ﷺ: يعني الصيد، وَإِنَّمَا أراد محمَّد ﷺ تفسـير الطير أنَّها صَارَتْ

---

(١) فِي ب

(٢) رواه أبـو داود برقـم/ ٣٤٧٧/ ، وأحمد برقـم/ ٢٣١٣٢/ ، والبيهقـي برقم/ ١١٦١٤/ ، كلهم بلفظ المسلمون بدل النّاس.

للأخ، لِأَنَّهُ مباح سبقت إِلَيْهِ يده، قَالَ النَّبي ﷺ: (الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَ)(١).

وَإِنَّمَا قلنا سبقت يده [إِلَيْهِ](٢) لِأَنَّ رَبَّ الأرض لَمْ يحرزها من قبل، وَإِنَّمَا كَانَتْ فِي وكرها، فما صَنَعَ صاحب الأرض فِي ذَلِكَ شَيْئاً، وإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ الأرض، فإِنَّ صاحب الأرض ما أعدها لذلك، وَلَا يضاف الحكم إِلَى شيءٍ يصلح سبباً إِلَّا بالعقد لذلك، ليصير سبباً، كمن نصب شبكة للجفاف(٣) فتعقَّل بِهَا صَيْدَاً لَمْ يملكه، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَلِذَلِكَ قلنا فِي نثر الدَّرَاهِم والسكر، بأَنَّها أَيْضاً إِذَا وَقَعَتْ عَلَى ثوب رجل لَمْ يملكها إِلَّا إن يضم ذَلِكَ إِلَى نفسه، أَوْ يقصد ذَلِكَ قصداً ويتهيأ لَهُ.

٦٣٦- وَقَالَ: عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي ظبي دَخَلَ دار رجلٍ فتكنَّس(٤) فِيهِ، أن من أخذه فَهِيَ لَهُ.

لما قلنا أَنَّهُ لَمْ يقصد إِلَّا أن يتخذ لذلك الأمر موضعاً.

---

(١) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية غريب.

(٢) فِي ب

(٣) أي نصب شبكة لَا بقصد الصيد بَلْ بقصد تجفيفها.

(٤) قولَهُ أَوْ(تكسر) وقع فِي الكنز تكنس، وَفِي الْمَغْرِب: كنس الظبي دَخَلَ فِي الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله، ومنه الصيد: إِذَا تكنس فِي أرض رجل أي استتر ويروى تكسر وانكسر اهـ.

وَفِي الفتح: وَفِي بعض النسخ تكسر أي وقع فِيهَا فتكسر احتراز عما لو كسره رجل فِيهَا بحر، وقولَهُ ومن باب طلب صوابه من باب جلس. رملي رد المحتار.

وسيأتي قولَهُ إِذَا تكسر.

[بَابُ الْوَكَالَة بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ]

٦٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ دَرَاهِمَ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِهَا طَعَامَاً. قَالَ: هَذَا عَلَى الحِنْطَةِ وَالدَّقِيقِ.

والقياس أن يتناول كل مطعومٍ لإطلاق الاسم كما لو حلف لَا يأكل طَعَامَاً.

وَفِي الاستحسان يتناول الحنطة ودقيقها، لِأَنَّهُ هُوَ المتعارف من الطعام فِي باب البيع والشراء.

أَلَا تَرَى أَنَّ سوق الطعام هُوَ الَّذِي يباع فِيهِ الحنطة ودقيقها لَا كل الطعام؟ فوجب التقييد بِهِ.

قَالَ أبو جعفر: إن كثرت الدَّرَاهِم فعلى الحنطة، وَإِنَ قلت فعلى الخبز، وإِنْ كَانَتْ بين الأمرين فعلى الدقيق.

٦٣٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ بَاعَ سَمَكَاً فِي حَظِيرَةٍ، وَلَا يَسْتَطِعَنَ أَنْ يَخْرُجْنَ مِنْهَا، غَيرَ أَنَّهُنَّ لَا تُؤخَذْنَ بِغَيْرِ صَيدٍ؛ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ. وَإِنَ كُنَّ يُؤخَذْنَ بِغَيْرِ صَيْدٍ، فَالبَيْعُ جَائِزٌ، والْمُشْتَرِي بِالخِيَارِ إِذَا رَآهُنَّ.

وَإِنَّمَا معنى المسألة: إِذَا كَانَ البَائِع أخذها ثُمَّ ألقاها فِي حظيرة ماءٍ، فكانت

[ملكاً لَهُ][1]، فإِنْ كَانَتْ لَا تؤخذ إِلَّا بصيد فَهُوَ غير مقدور التسليم، [فبطل البيع، وإِنْ كَانَتْ تؤخذ بِغَيْرِ صيد فَهُوَ مقدور التسليم، فصح][2].

فأمَّا إِذَا اجتمعت بنفسها فالبيع باطلٌ وَإِنَ لَمْ يستطعن الخروج، (لِأَنَّهُ غير مالكٍ، لعدم الإحراز)[3].

أَلَا تَرَى أَنَّ الصيد إِذَا تكسر فِي أرضه لَمْ يملكه، وَكَذَلِكَ البَيْض والفرخ؟ فهذا أولى وَلَهُ الخيار إِذَا رآهن، لِأَنَّ الرؤية فِي الماء لَا تتحقق، فَصَارَ بالخيار مَتَى صحَّ البيع، ونظيره رجلٌ بَاعَ فرساً عانداً لَا يؤخذ إِلَّا بحبله، بطل البيع لما قلنا.

٦٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ بَاعَ الشَّيْءَ إِلَى النَّيْرُوزَ أَوْ إِلَى الْمَهْرَجَانِ أَوْ إِلَى الحَصَادِ أَوْ الدياس أَوْ إِلَى الجَزاز؛ إِنَّ البَيْعَ فَاسِدٌ. فَإِنْ كَفِلَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الأَوْقَاتِ فَهُوَ جَائِزٌ[4].

والفرق بينهما أَنَّ الأجل صفة الدين، والموصوف فِي البيع وَهُوَ الثَّمَن لَا يحتمل شَيْئاً من الجهالة.

فَكَذَلِكَ ما جَعَلَ وصفاً لَهُ.

والدين فِي الْكَفَالَة يحتمل ضرباً من الجهالة إِذَا كَانَتْ مستدركة لِما عُرف

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

(٤) أي التكفل جائز والأجل ثابت، من حاشية أ

فِي كِتَاب الْكَفَالَة أَنَّهُ يشبه الوصية فَكَذَلِكَ ما جَعَلَ وصفاً لَهُ أُلحق بِهِ، وهذه جهالةٌ مستدركةٌ، لِأَنَّهَا أوَلَهُا معلومٌ وآخرها (النيروز)[1] يختلف فِيهِ النَّاس، والمهرجان بناء عَلَيْهِ، هُمَا عيد المجوس.

والحصاد والدياس يتفاوت، وَكَذَلِكَ الجَزاز فِيمَا يجز من الرطاب، وَكَذَلِكَ جَذاذ النخل وقطاف العنب.

وَإِنَّمَا يعتبر فِي حلول الْكَفَالَة[2] إِذَا غلب عَلَيْهِ ذَلِكَ، أَوْ مَضَى آخر أوقاته أَوْ عدمت حقيقته، وَذَلِكَ مذهب عامة أصحاب النَّبي ﷺ.

وعن عَائِشَة أنَّها أجازت البيع إِلَى العطاء، وَذَلِكَ محمولٌ عندنا عَلَى أَنَّهَا إِنَّمَا أجازت لِأَنَّ الخلفاء لَمْ يكونوا يخلفون الميعاد فَلَمْ يختلفوا، فأمَّا بعد ذَلِكَ فَقَدْ تغير الأمر، فَصَارَ من جنس ما يتقدم ويتأخر.

٦٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَبِيعُ العَبْدَ فَيَشْتَرِطُ الخِيَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، أَوْ يَشْتَرِطُ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي فَيَمُرُّ [بِهِ][3] يَوْمَ الفِطْرِ فِي هَذِهِ الأَيَّامِ عَلَى مَنْ تَجِبُ زَكَاةُ الفِطْرِ؛ قَالَ: عَلَى الَّذِي يَصِيرُ العَبْد لَهُ.

سمَّى هَذَا الواجب زكاةً امتثالاً بقول الله تَعَالَى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَن تَزَكَّىٰ﴾ [الأعلى: ١٤]، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي هَذَا نزل وروي[4] ذَلِكَ فِي بعض الأحاديث.

---

(١) فِي ب

(٢) موجب الْكَفَالَة شرع ابتداء وَلهذا لَا يَرْجِع إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إذن المكفول عَنْهُ. من حاشية أ

(٣) فِي ب

(٤) فِي أ: وورد

ومعنــى قولَهُ: أي يبقى لَهُ، لِأَنَّ الخيار إِذَا كَانَ لِلبَائِعِ بنقض البيع لَا يصير لَهُ، بَلْ يبقى لَهُ، وَهَذَا عندنا.

والقياس أَنْ يَكُونَ عَلَى من لَهُ الملك يَوْمَئِذٍ، وَهَذَا قَوْلُ زفر ﵀.

وجه القياس: أنَّ هَذِهِ الصدقة حكمٌ يختص وجوبها بملك كاملٍ، فَلَا يتوقف مع خيار الشرط عَلَى من يحدث ملكه، كما فِي الإعتاق.

ووجه الاستحسان: أنَّ الملك موقوفٌ، فَكَذَلِكَ ما يبنى عَلَيْهِ وَهُوَ الصدقة.

وَهَـذَا بخلاف الإعتاق، لِأَنَّ ذَلِـكَ تصرف من العاقد، والخيار ثابتٌ فِي حق العاقدين، فمنع كمال السـبب[1] فِي حقه، وَأَمَّا فِي حق الشـرع، فَكَانَ الخيار غيرَ ثابت نظراً، بخلاف القياس.

٦٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـتَرِي الْجَارِيَة فَتَلَدُ عِنْدَهُ، فَأَقَامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ أَنَّ الْجَارِيَة لَهُ. قَالَ: يَأْخُذُهَا وَيَأْخُذُ وَلَدَهَا، وَإِنْ قَالَ لِرَجُلٍ هَذِهِ جَارِيَتُكَ، أَخَذَهَا وَلَمْ يَأْخُذْ وَلَدَهَا.

والفـرق أنَّ البينة حجةٌ مطلقةٌ ثابتةٌ فِي حق كافة النَّاس، فيثبت بِهَا الملك من الأصل، والولد كَانَ متصلاً يَوْمَئِذٍ، فثبت الاستحقاق فيهما جَمِيْعَاً.

فأمَّا الإقرار فحجةٌ قاصرةٌ[2]، فثبت بِهَا الاستحقاق من أدنى ما يتصور، فوجب إثبات المخبَر بِهِ ضرورة صحة الخبر، وَذَلِكَ حال انفصال الْوَلَد فَلَمْ يتبع الأم.

---

(١) أي منع السبب الَّذِي يثبت الحكم. من حاشية أ

(٢) فِي ب: ناقصة

واختلف مشايخنا أَنَّهُ يتبع الأصل فِي الحكم، أم يفتقر إِلَى الحكم قصداً.

فَقَالَ بعضهم: هُوَ تابعٌ فيدخل فِي الحكم تبعاً، وعن محمَّد ﷺ ما يدل عَلَى خلاف ذَلِكَ، فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا قَضَى القَاضِي بالأصل وَلَمْ يعرف الرق أَبَدَاً لَمْ يدخل تحت الحكم، وَلَوْ كَانَ الْوَلَد فِي مِلْكِ إنسان آخر لَمْ يدخل تحت الحكم أَيْضَاً إِذَا كَانَ صاحب اليد فِي الْوَلَد غائباً، وَهَذَا لِأَنَّ يوم الحكم من القَاضِي منفصل من الأصل فَلَمْ يكن بد من الحكم بِهِ.

❁ ❁ ❁

[مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ البُيوعِ لَمْ تُشَاكِلْ الأَبْوابَ]

٦٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ: بِعْ عَبْدَكَ هَذَا مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ خَمسُمائَةِ دِرْهَمٍ مِنْ الثَّمَن سِوَى الأَلْفِ، فَبَاعَهُ مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ؛ قَالَ: البَيْعُ جَائِزٌ. وَلَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَعَلَى الضَّامِنْ خَمسمُائةٍ، وَلَوْ قَالَ: (عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ خَمسمائَةٍ) وَلَمْ يَقُلْ: (مِنْ الثَّمَن) فالبَيْعُ جَائِزٌ بِأَلْفِ دِرْهَم وَلَا شَيءَ عَلَى الضَّامِنِ.

وأصل ذَلِكَ أَنَّ أصل الثَّمَن لَمْ يشرع بِغَيْرِ مالٍ يقابله، فأمَّا فضول الثَّمَن فيستغنى عن ذَلِكَ، فيكون أن تقابله تسمية الْمَال لَا حقيقته.

أَلَا تَرَى أَنَّ من بَاعَ عَبْدَاً بألفين وقيمته ألف أنَّ الألف الزائد لَا يقابله مال إِلَّا تسمية؟

فَصَارَ الفضول فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ بدل الخلع بأصله، وَقَدْ صحَّ شرطه عَلَى غير العاقد هناك، أعني غير الْمَرْأَة[1]، فَكَذَلِكَ هاهنا.

فَإِنْ قَالَ: (من الثَّمَن) فَقَدْ وجدت صورة المقابلة، وَإِنَ لَمْ يقل من الثَّمَن فَلَمْ توجد صورة المقابلة وَلَا معناها، فبطلت.

وتفسير المسألة: أن يأبى البيع بعد المساومة بالألف إِلَّا بِأَلْفٍ وخمسمائة.

فَإِذَا قَالَ الضامن ما حكينا بَاعَهُ مِنْ بَعْدِ بِأَلْفِ دِرْهَم، فيكون ذَلِكَ قبولاً

(١) أي أنّه يصح أن يشرط الرَّجُل بدل الخلع عَلَى شخص آخر غير زوجته.

للضامن، وَإِنَ لَمْ يوجد إباء وَلَا مساومة ولكن إيجاب البيع بِأَلْفٍ حصل عقيب ضمان الرَّجُل كَانَ كَذَلِكَ استحساناً، ويكون البيع بعده دلالةً عَلَى القبول، لِأَنَّهُ امتثالٌ بِذَلِكَ، كقول الرَّجُل لِامْرَأتِهِ: (طلقي نفسك إن شئت) فَقَالَتْ: (قَدْ طلقت) أَنَّهُ يُجعل قبولاً استحساناً، فَكَذَلِكَ هَذَا نظيره.

٦٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُسْلِمُ فِي الطَّسْتِ أَوْ القُمْقُمَةِ أَوْ الخُفَيْنِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، فإِنْ كَانَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ يُعلمُ وَيُعْرَفُ، فَلَا بَأْسَ بِهِ.

٦٤٤- قَالَ: وَإِنَ اسْتَصْنَعَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ، فَجَاءَهُ مَفروغاً فَلِلمُسْتَصنِعِ الخِيارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ.

أَمَّا المسألة الْأُولَى: فَهِيَ عقد السلم، وَإِنَّمَا يجوز السلم إِذَا كَانَ معلوماً عَلَى الاستقصاء، لِأَنَّهُ دينٌ.

وَإِنَّمَا يُعرف بوصفه، وَلَا بُدَّ من شرائط السلم من تعجيل رأس الْمَال، وغير ذَلِكَ.

وَأَمَّا الفصل الثَّانِي: فَهِيَ الاستصناع، وَهُوَ فاسدٌ فِي القياس لجهالته وعدمه واستحسنوا فأجازوه لإجماع الْمُسْلِمِينَ، وَذَلِكَ مِمَّا يترك بِهِ القياس، وَهُوَ بيعٌ عند عامة مشايخنا لَا مواعدة[1] لِأَنَّهُ سمَّاه فِي الْكِتَاب[2] بيعاً، وأثبت فِيهِ خيار الرؤية، وذكر القياس، ولكنَّ الروايات اختلفت فِي اللزوم.

---

(١) ثم هُوَ عقد بيع لَا مواعدة بدليل أن محمّداً قيد جوازه بالاستحسان، وذا لَا يليق بالعدات وبدليل أنه أثبت فِيهِ خيار الرؤية وذا من خواص (المبيعات). حاشية أ

(٢) أي المبسوط، حاشية أ

فـروى أَبُو يُوسُـفَ عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: يخيّـر كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَقَالَ أَبُـو يُوسُـفَ ﷺ: يخير المسـتصنع دون الصانـع، وَهُوَ قول أصحابنـا جَمِيْعَاً فِي المبسوط، ورجع عن هَذَا، فَقَالَ: لَا خيار لواحد مِنْهُمَا.

أَمَّا المسـتصنع فإنَّما خيرناه لِأَنَّهُ اشْـتَرَى شَـيْئاً لَمْ يره، والْمُشْتَرِي فِي حكم العيـن، لكنَّها معدومة صحَّ العقد عَلَيْهَا استحسـاناً بإجماع الْمُسْـلِمِينَ، فأُلحقت بالموجود فثبت لَهُ الخيار، وَأَمَّا الصانع فَلَا خيار لَهُ، لِأَنَّهُ بَاعَ شَيْئاً لَمْ يره[1].

وأَبُو يُوسُـفَ ﷺ أبطل خيار المستصنع دفعاً للضرر عن البَائِع، والاستصناع يتعلـق صحته بوصـف يقع بِهِ التعريف ويحتمل الامتثال بِـهِ، لأنَّا جوزناه بخلاف القياس لعادة الْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ دليلٌ فَوْق القياس فوجب القول بِهِ عَلَى ما جرت بِهِ العادة، وَهُوَ ما يصلح للإدراك.

وَأَمَّـا الَّـذِي لَا تعامل فِيهِ من نحو الاسـتصناع فِي الجبـاب والثياب فباطلٌ لخـلاف العـادة، فبطلت لعـدم الْإِجْمَـاع، والقياس يرده، فإن ضـرب الأجل فِي هَذَا[2] صَارَ سـلماً[3] عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، حَتَّى لَا يثبتُ فِيهِ الخيار، ويشترطُ قبض رأس الْمَال، واستقصاءُ الوصف.

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ [ومحمَّد][4] ﷺ: هُوَ استصناع بحاله، لِأَنَّ المستصنع فِيهِ عيـن لما قلنا، والعين لَا تقبل الأجل، وَإِنَّمَا تُذكر المدة فِيهِ للتعجيل، ودلالة كونه عيناً ما قلنا أَنَّهُ يثبت فِيهِ خيار الرؤية.

---

(١) وَلَيْسَ لِلبَائِعِ خيار الرؤية. حاشية أ

(٢) فِي الاستصناع الجائز، حاشية أ

(٣) فأمـا إِذَا ذكـر مدة يعلم أن القصد بذكره التأجيل فِيهِ كالشـهر ونوى ذَلِـكَ فعلى قول أَبِي حَنِيفَةَ يصير سلماً إِلَى آخره. حاشية أ

(٤) فِي ب

ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ هَذَا مبيع فِي الذِّمَّة مؤجلاً، فَكَانَ سلماً كما قلنا فِي الَّذِي لَا تعامل فِيهِ.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا المسمَّى بهذا الوصف الَّذِي وصفه يجوز أَنْ يَكُونَ عيناً معدومة، ويحتمل أَنْ يَكُونَ ديناً، وَهُوَ أولاهما، لِأَنَّهُ مشروعٌ بالكتاب[1] والسنة، فَصَارَ أقرب إِلَى الجواز وأحقَّ بالرخصة لِأَنَّهُ لازمٌ بِالْإِجْمَاعِ، وذكر الأجل نصٌّ والمسمَّى محتملٌ فَصَارَ النص أولى.

والفرق بين الصحيح والفاسد لَهُمَا أَنَّ العمل بالفاسد غير ممكنٍ لِأَنَّهُ باطلٌ فوجب العمل بمجازه.

وهاهنا يمكن العمل بحقيقته، وَإِنَّمَا يثبت حكم تعيين المستصنَع فِيهِ إِذَا صحَّ العقد، فأمَّا إِذَا فسد فَلَا.

٦٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى دَاراً عَلَى أَنَّهَا أَلْفَ ذِرَاعٍ بِكَذَا، فَوَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنْ أَلْفِ ذِرَاعٍ. فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي. وَإِنْ قَالَ: كُلُّ ذِرَاعٍ بِكَذَا فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِيُ أَخَذَهَا وَزَادَ فِي الثَّمَنِ بِحِسَابِ مَا زَادَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ. وَإِنَ وَجَدَهَا أَنْقَصَ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ.

وأصله: أَنَّ الذراع فِيمَا يُذرَع بِمَنْزِلَةِ الصفة فِي الأعيان، ويحتمل أن يصير مقصوداً، لِأَنَّ وجودَه يزيد فِي قدر الأصل وَفِي قيمته وَهُوَ منتفع بِهِ بِنَفْسِهِ، فيحتمل أن يصير مقصوداً.

---

(١) روي عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنه قَالَ: نزل قولَهُ تَعَالَى: (إِذَا تداينتم بدينٍ إِلَى أجلٍ مسمّى) فِي السلم. حاشية أ

فإن لَـمْ يقابل الثَّمَن بالذرعـان بقيت أوصافاً، فإن زَادَ فِي الذرعان سـلمت لِلْمُشْـتَرِي مِنْ غَيْرِ خيارٍ، وَإِنَ انتقص خيّر الْمُشْـتَرِي مِنْ غَيْرِ حط شيءٍ بِمَنْزِلَةِ من اشْـتَرَى عَبْـدَاً عَلَى أَنَّهُ معيبٌ فوجده غير معيب لَمْ يخيـر واحد مِنْهُمَا، وَإِنَ وجده معيباً، وَقَدْ اسـتحقه سـليماً خيّر الْمُشْتَرِي، فَكَذَلِكَ هاهنا، فإن قابل كل ذراعٍ بكذا صحَّ [ذَلِكَ][1]، وكل ذراعٍ صَارَ كأنّه مبيعٌ.

فـإن ازداد ازداد الثَّمَـن، ووجب التخيير لِأَنَّهُ نفعٌ يشـوبه ضـررٌ وصار الكل مبيعـاً، لِأَنَّ البيع أضيف إِلَى كل الدار، وَإِذا انتقص انتقص من الثَّمَن بقدره، وخُيّر الْمُشْتَرِي لما قلنا أَنَّهُ نفعٌ يشوبه ضررٌ.

وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الثوب والخشـب وسـائر ما يذرع، فإن شرط فِي الثوب أَنَّهُ عشرة أذرع، فَإِذَا هُوَ عشرة أذرع ونصف، أَوْ تسعة ونصف.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: إن وجد عشـرة ونصفاً أخذه بعشـرة مِـنْ غَيْرِ خيار، وَإِنَ وجده تسعة ونصفاً أخذه إِنْ شَاءَ بتسعة.

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: إن وجد عشـرة ونصفاً أخذه بأحد عشر إِنْ شَاءَ، وَإِنَ وجده تسعة ونصفاً أخذه بعشرة إِنْ شَاءَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إن وجده عشرة ونصفاً أخذه بعشرة ونصف دِرْهَم إِنْ شَاءَ، وَإِنَ وجده تسـعة ونصفاً أخذه بتسـعة ونصف دِرْهَم إِنْ شَاءَ. ذكر ذَلِكَ فِي النوادر حكاه الفقيه أبو جعفر.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الذرعان وَمَا دونهما من المسـاحة صفةٌ بِمَنْزِلَةِ أطراف العبيد، وَإِنَّمَا أَخَذَ حكم المقدار بالشرط، والشرط مقيّد بالذراع.

---

(١) فِي ب

فَإِذَا عدم الذراع بطل الشـرط، فعاد إِلَى الأصل، فعُدّ الفصل جودةً فصارت العشرة والنصف بِمَنْزِلَةِ العشرة الجيدة، والتسعة والنصف بِمَنْزِلَةِ التسعة والجيدة.

ووجـه قول أَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أَنَّهُ لما صحَّ الشـرط صَـارَ كل ذراع فِي حكم المقابلة، كثوبٍ عَلَى حدة بيع عَلَى أَنَّهُ ذراع، فَإِذَا انتقص لَمْ ينتقص من ثمنه شيء، ووجب الخيار، كَذَلِكَ هَذَا.

ووجه قول محمَّد ﷺ: أنَّ من ضرورة مقابلة الذراع بالمسـمى مقابلة نصفه بنصفه، إِلَّا أنَّ هَذَا غير قويٍ، لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يصح فِي النصف الشائع، لَا فِي النصف المعين.

٦٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ هَذِهِ عَلَى أَنَّهَا جَارِيَةٌ، فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ؛ قَالَ: لَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا.

لِأَنَّ الأصل أنَّ المشـار إِلَيْهِ مَتَى كَانَ من جنس المسـمى وَإِنَّمَا فارقه بوصفه تعلق العقد بالمشـار إِلَيْهِ، لِأَنَّ الجمع بينهما ممكن الإشـارة للتعريف، والتسـمية للترغيب.

وَإِذا كَانَ بخلاف جنس المسمى تعلق العقد بالمسمى، لِأَنَّ العقد يبتني عَلَيْهِ، وَهُوَ المقصود، والبناء عَلَى المقصود واجب، إِلَّا أن يعلم أن حقيقة المسـمى غير مقصودة.

وَلَهُذا قلنا فِيمَنْ اشْـتَرَى فصاً، فَقَالَ: (اشـتريت مِنْكَ هَـذَا الياقوت) فَإِذَا هُوَ زجاجٌ، أَنَّهُ باطلٌ.

وَإِذا اشْـتَرَى هَذَا العَبْد الخباز، فَإِذَا هُوَ لَيْسَ بخبازٍ أن البيع صحيحٌ، والذكر والأنثى فِي بني آدم لتفاوت المعاني جنسـان مختلفان وَإِنَ اتصل أصلهما بِشَـيْءٍ وَاحِدٍ كالنبات يختلف مع اتحاد الأصل.

وَكَذَلِكَ ما يُتخذ من العنب فتعلق العقد بالمسمى وَهُوَ معدومٌ، فبطل.

وَلَوْ اشْتَرَى بهيمةً عَلَى أَنَّهَا ذكرٌ، فَإِذَا هِيَ أنثى صحَّ، لِأَنَّ المعاني متقاربةٌ وإِنْ كَانَ الموجود أنقص وجب الخيار.

٦٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـتَرِي الشَيْءَ مِمَّـا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَيَجِدُ بِبَعْضِهِ عَيْباً؛ قَـالَ: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّهُ جَمِيْعَاً، أَوْ يَأْخُذَهُ جَمِيْعَاً.

ومعنـى[1] هَـذَا اذا كَانَ فِي وعاءٍ وَاحِدٍ، لِأَنَّ تمييـز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب فِي المعيب، فيصير رداً بعيب حادث، فَلَا يصح.

فأمَّـا إِذَا كَانَ فِـي وعائيـن، فوجد بِأَحَدِهِمَا عيبـاً فَلَا بَأْسَ بأن يـرده إِذَا كَانَ قبضهمـا، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يوجب عيباً زائـداً، وَلِأَنَّهُ يعرف بمعياره، وَإِذا اتحد المعيار كَانَ بِمَنْزِلَةِ عينٍ وَاحِدَة.

وإنما اختلفت الرواية عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي اسـتحقاق بعضه وَهُوَ فِي وعاء واحد بعد القبض.

فَقَالَ فِي رواية: لَا يعد عيباً، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي تمييزه عيبٌ وَلَا تعد الشَّرِكَة فِيهَا عيباً.

---

(١) فِي ب: وتفسير

وَفِي رواية: يرد الباقي إِنْ شَـاءَ، لِأَنَّ الشَّـرِكَة فِي ذَلِكَ توجب مؤنة القسـمة، وَفِي ذَلِكَ ضررٌ.

٦٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ العَبْد عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ، فَيَقُولُ فِي الثَّلَاثَةِ: قَدْ نَقَضْتُ البَيْعَ؛ قَالَ: لَا يَنْتَقِضُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُشْتَرِي. وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: بَعْضُهُ جَائِزٌ، وَإِنَ لَمْ يَحْضُرْ الْمُشْتَرِي.

وَكَذَلِكَ الخلاف فِي خيار شـرط الْمُشْـتَرِي إِذَا نقضه، والإجازة صحيحةٌ[1] فِي ذَلِكَ كُلِّهِ كيف كَانَ، وَإِنَّمَا الشـرط عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄ علم الْمُشْـتَرِي، فَإِذَا نَقَضَ بمحضرٍ مِنْهُ صحَّ.

فـإِنْ كَانَ غائباً، فإن بلغه قبل مضي المدة انتقـض البيع، وَإِنَ بلغه بعد مضي المـدة فَقَدْ تم البيع، لِأَنَّ تمام المدة دلالة لزوم البيع، فَإِذَا اعترض فِي حال توقف الفسخ أبطل الفسخ.

فوجه قول أَبِي يُوسُفَ ﵀: أَنَّ صاحب الخيار تصرف بتسليط صاحبه، فصح مِنْ غَيْرِ حضرة الآخر وَلَا علمه، كالوكيل بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ والموكل غائب لَا يعلم.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الآخر هُوَ الَّذِي شـاركه فِي شـرط الخيار، وحكم الخيار النقض.

---

(١) فِي أ: صحيح

ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله: أنَّ الَّذِي نَقَضَ العقد ألزم الآخر حكماً مبتدأً، فَلَا يلزمه إِلَّا بعلمه، كالموكل يعزل الوكيل.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ العاقد الآخر إِنَّمَا يجري عَلَى موجب العقد فَإِذَا نَقَضَ هَذَا فَقَدْ ألزمه ما يخالف موجب العقد، فَلَا يلزمه مع الجهل، فيصير مغروراً، وَلَا يسلم أَنَّهُ تصرف بتسليطه، لِأَنَّ الخيار استثناء بحكم العقد.

وحكمــه أن يصير العقد غير لازم لبقاء اختياره الأصلي ثُمَّ الفســخ بناءً عَلَى فوت اللزوم فِي حق صاحب الخيار، فأَمَّا أَنْ يَكُونَ النقض مقصوداً فَلَا.

وَلَا يلزم [عَلَيْهِ][1] الإجازة لِأَنَّهُ لَيْسَ بتصرف عَلَى صاحبه، بَلْ فِيهِ إبطال حق نفسه، وَفِي الالتزام تقرير حق الآخر.

٦٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُــوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بَاعَ لَبَنَ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ، قَالَ: لَا يَجُوزُ.

وَهَذَا أبين من مسألة كِتَاب الإجارات، وَهُوَ قولنا.

وَقَالَ الشافعي رحمه الله: لَا بَأْسَ ببيعه، لِأَنَّهُ مشروبٌ طاهرٌ، فصح بيعه كالماء.

ولنا: أَنَّهُ جزءٌ من الآدمي الحر فَلَا يكون مَالاً، وَلَا يصح[2] بيعه كسائر أجزائه.

ودلالة الجزئية أنَّ الشرع أثبت بِهِ حرمة المصاهرة والرضاع بمعنى البعضية، والآدمي مكرمٌ بأن لَا يُتبدل شيء مِنْهُ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: يجوز

والبيع لَمْ يشرع فِي غَيْرِ الْمَال، وَلَا يلزم لبن الأمة، لِأَنَّهُ روي عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ [أَنَّهُ][1] أجاز بيعه، ولأنَّ الرق لَمْ[2] يَحُلَّ اللبن، لِأَنَّهُ مواتٌ، فَلَمْ يصر مَالاً.

فأمَّا سقوط المالية فَلَا تعتمد الحرية، بَلْ قَدْ ثبت الحرية فِي اللبن تبعاً لكرامة الأحرار.

٦٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِ رَجُلٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَذَهَبَ فَقَالَ لمَوْلَاهُ: بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفَعَلَ، فَإِنَّ العَبْدَ لِلَّذِي أَمَرَهُ؛ وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ.

وأصله أنَّ العَبْد يصلح وكيلاً فِي شراء نفسه، لِأَنَّهُ أَجْنَبِيّ عن نفسه فِي حكم المالية، لكنَّ المالية فِي يَدِهِ حَتَّى أنَّ البَائِع لَا يَمْلِك الحبس.

ومن شرط صحة الامتثال أَنْ يَقُولَ: (بعني نَفْسِي لِفُلَانٍ) فيضيف إِلَيْهِ فإن لَمْ يضف كَانَ طلباً للعتق، ووقع لِنَفْسِهِ، بخلاف سائر الوكلاء.

والفرق بينهما: أنَّ عقد الوكيل لِنَفْسِهِ وللموكل عَلَى نمطٍ وَاحِدٍ فِي حق سائر الوكلاء.

فَإِذَا قبل الولاية فَقَدْ جَعَلَ ما يصلح لِنَفْسِهِ لغيره، فَإِذَا أضافه إِلَى نفسه وأطلق أَوْ أضاف إِلَى الموكِّل كَانَ ذَلِكَ سواء.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: لا

فأمَّا هاهنا فإن عقده لِنَفْسِهِ لَا يصلح الامتثال لما أَمر بِهِ لِأَنَّ عقده لِنَفْسِهِ عتق، وَذَلِكَ لَا يصلح للإمساك، فَإِذَا لَمْ يصلح لَهُ لَمْ يصر مستحقاً عَلَيْهِ، فبقيت ولايته فِي ذَلِكَ.

فَإِذَا أضافه إِلَى نفسه صَارَ مخالفاً، وَكَذَلِكَ إِذَا أطلقه، لِأَنَّ المطلق يصلح لهذا وَلَهُذا، فَلَا يصلح للامتثال أَيْضاً.

وَإِذا لَمْ يصلح للامتثال بقي لِنَفْسِهِ، وَلَمْ يصلح للامتثال إِلَّا ما(١) يضيفه لِنَفْسِهِ صريحاً، [وَلَمْ يوجد](٢).

٦٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ بَاعَ عَبْدَاً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ، فيموت عند الْمُشْتَرِي فِي ثَلَاثَة أيام؛ قَالَ: عَلَيْهِ قِيمَتُهُ. فإن مَاتَ بَعْدَ الثَّلَاثَةِ فعَلَيْهِ الثَّمَنُ. فَإِنْ اشْتَرَطَ الْمُشْتَرِيُ الخِيَارَ ثَلَاثَة أَيَّامٍ فَمَاتَ فِي يَدِهِ فِي الثَّلَاثَةِ أَوْ بَعْدَهَا فعَلَيْهِ الثَّمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً.

أَمَّا إِذَا هَلَكَ بعد الثلاثة فَلَا يُشكل، لِأَنَّ العقد قَدْ لزم وانبرم، فأمَّا فِي الثلاثة فإنَّ الفرق بينهما أنَّ موت العَبْد فِي خيار الشرط لَا ينفك عن تقدم لزوم العقد.

وَفِي خيار البَائِع يموت قبل لزومه وانبرامه فينتقض البيع.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ موت كل حيٍ وهلاك كل قائمٍ لَا ينفك عن تقدم العيب، والعيب يبطل خيار الْمُشْتَرِي، وَلَا يبطل خيار البَائِع.

---

(١) فِي ب: بِمَا

(٢) فِي ب

وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ حدوث العيب فِي ضمان الْمُشْتَرِي لَا يعجز البَائِع عن النقض، وَلَا عن الإجازة، فَلَمْ يناف الخيار.

فأمَّا فِي خيار الْمُشْتَرِي فإنَّ حدوث العيب فِي ضمانه يعجزه عن النقض الَّذِي هُوَ المقصود بالخيار، لِأَنَّ الخيار يقتضي ردَّ ما قبض كما قبض، وَلَا يمنع الإجازة، لكنَّها غير مقصودةٍ.

وَإِذا ثبت أنَّ العيب لَا يبطل خيار البَائِع فَقَدْ حل الهلاك والخيار قائمٌ، فَكَانَ فَوْق بيع بات لَمْ يتصل بِهِ القبض، وَذَلِكَ ينفسخ بالهلاك، فهذا أولى، وَإِذا انفسخ صَارَ كالمقبوض بسوم البيع.

فأمَّا فِي جانب الْمُشْتَرِي فَقَدْ لزم البيع ثُمَّ هَلَكَ، فوجب الثَّمَن.

٦٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَذِنَ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ، فَاشْتَرَى عَبْدَاً يُسَاوِي أَلْفَاً، وَهُوَ يسَاوِي أَلْفَاً، وَعَلَى الْأَوَّلِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، فَأَعْتَقَ الْمَوْلَى العَبْدَ الْمُشْتَرَى، فَعِتْقُهُ جَائِزٌ؛ وإِنْ كَانَ الدَّيْنُ أَلْفَي دِرْهَم مِثْلَ قِيمَتُهُمَا لَمْ يجز عَتْقُهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: عَتْقُهُ جَائِزٌ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً. وَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَةِ الْمُعْتَقِ.

وحاصله: أنَّ الْمَوْلَى يَمْلِك اكتساب العَبْد المأذون إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دينٌ مستغرقٌ، فَإِذَا ملكه نفذ إعتاقه وضَمِنَ قيمة المعتق، لِأَنَّ الْمَال كله مشغولٌ بالدين، فيجب عَلَيْهِ ضمان جميع قيمة المعتق.

فأمَّا إِذَا كَانَ مستغرقاً، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا يَمْلِك الْمَوْلَى مكاسب، وقالا: يَمْلِك.

فَإِذَا أعتقه لَمْ ينفذ عتقه عنده، ونفذ عندهما، وعَلَيْهِ قيمته.

وجه قولَهُما: أنَّ سبب ملك الْمَوْلَى ملك رقبته عند استحالة ملك العَبْد مكاسبه، وَهَذَا موجودٌ عند قيام الدين.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ ملك الْمَوْلَى مبنيٌ عَلَى حق العَبْد فيجب أَنْ يَكُونَ أوان ثبوته عند الفراغ عن حاجته وَهُوَ سقوط الدين كما قلنا فِي الوارث فِي التركة.

وَإِنَّمَا قلنا للعبد حاجة لِأَنَّهُ آدمي لَهُ ذمةٌ صالحةٌ لوجوب الحقوق عَلَيْهِ، وَهُوَ أحق بِذَلِكَ من الحر الميت، وَلَهُذا يجعل العليل مانعاً اعتباراً بالوارث.

٦٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اغْتَصَبَ عَبْدَاً فَبَاعَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى البَيْعَ؛ قَالَ: عِتْقُ الْمُشْتَرِي جَائِزٌ.

٦٥٤- فَإِنْ قطعت يَدُ العَبْدِ وَلَمْ يَعْتِقْهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى البَيْعَ، قَالَ: الأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي، وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ مِنْ الأَرْشِ عَلَى نِصْفِ الثَّمَن.

٦٥٥- وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَهُ مِنْ غَيرِهِ فَأَجَازَ الْمَوْلَى البَيْعَ الْأَوَّلَ، لَمْ يَجُزْ البَيْعُ الثَّانِي.

هَذِهِ ثلاث مسائل:

أَمَّا الْأُولَى: فإنَّ العتق جائزٌ استحساناً فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، والقياس أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قول محمَّد وزفر ﷺ.

وجه قول محمَّد ﷺ: أنَّ الإعتاق تصرف يختص بملكٍ كاملٍ، وعند الاعتاق لَمْ يوجد، لِأَنَّ الملك يتصل بِهِ بطريق الإسناد فيكون ثابتاً مِنْ وَجْهٍ دون وجهٍ.

ولأَبِـي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أنَّ الإعتاق حصل ممن هُوَ من أهله مضافاً إِلَى محله، وَذَلِكَ بعد تمام سبب الملك، لِأَنَّ العاقدين أوجباه عَلَى الكمال.

وَإِنَّمَا قصر الحكم مراعاة لحق الملك عَلَى المالك، وَلَا حق لَهُ فِي السـبب، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ توقف، فَإِذَا حدث الملك نفذ، فأمَّا قولَهُ: (يوم الإعتاق لَمْ يتكامل) فمسلمٌ لَهُ، لكنَّ الإعتاق يصح باعتبار توقف ملك المبيع لِأَنَّهُ نهايةٌ لَهُ، والملك يقع كاملاً، فنفذ فِيهِ العتق.

ثُمَّ يسـتند فيثبت فِي حال الإعتاق ملكٌ غيـر كاملٍ، ويثبت الإعتاق أَيْضاً مِنْ وَجْهٍ دون وجهٍ، فيكون ذَلِكَ الملك وفاءً بِذَلِكَ الاعتاق.

وَقَدْ أنكر أَبُو يُوسُفَ ﷺ هَذِهِ الرواية عَلَى محمَّد ﷺ عَنْهُ، وزعم أَنَّهُ روى أَنَّهُ لَا ينفذ، فَصَارَ عَنْهُ روايتان.

وَأَمَّا مسـألة قطع اليد فـإِنَّ ذَلِكَ لَا يمنع الإجـازة لِأَنَّ المبيع قائمٌ، والأرش يخلف اليد، فيجب لِلْمُشْـتَرِي ويتصدق بالفضل، لِأَنَّهُ ربحٌ استفاده فِي غَيْرِ ملكه، فيكون أبعد مِمَّا يستفاد[1] قبل القبض فِي بيع باتٍّ.

وَأَمَّـا الثالـث إِذَا بَاعَهُ لَمْ ينفذ البيع الثَّانِي إِذَا نفـذ الْأَوَّل، لِأَنَّ البيع مثل البيع فَلَا يصلح حقاً من حقوقه.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يقطع الملك وَلَا ينهيه حَتَّى أبطل الرجوع بحصة العيب.

(١) فِي ب: مِمَّا لو استفاد

٦٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم تَعَالَى، فِي خَمْسَةِ نَفَرٍ اشْتَرُوا دَاراً؛ قَالَ: لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ بَعْضِهِم.

٦٥٧- وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنْ خَمْسَةٍ لَمْ يَكُنْ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ بَعْضِهِم دُونَ بَعْضٍ.

أَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: فلأنَّ الشفيع تقدم عَلَى الدخيل مِنْ غَيْرِ ضررٍ بالبائع وَلَا بالدخيل.

فَإِذَا أَخَذَ نصيب أحدهم قَامَ مقامه، وَلَمْ يَمْلِك قبض شيء إِلَّا أن ينفذ المشترون جَمِيْعَاً الثَّمَن.

فأما إِذَا كَانَ البَائِع خمسةً ففي أحد نصيب بعضهم تفريقٌ عَلَى الْمُشْتَرِي فَلَا يصح إِلَّا برضاه.

٦٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بَاعَ دَاراً بَيْعَاً فَاسِدَاً فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي؛ قَالَ: لَيْسَ لِلبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهَا وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا. وَشَكَّ يَعْقُوبُ فِي هَذِهِ المَسَأَلَةِ بَعْدَ ذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنهما: يَنْقُضُ البِنَاءَ وَيَرُدُّ الدَّارَ عَلَى صَاحِبِهَا.

وزاد فِي كِتَاب الشفعة أَنَّ الشفيع يأخذها بقيمتها عند أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا شفعة عند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رضي الله عنهما.

وَلَمْ يذكر هناك الشك فِي الرواية، وَكَذَلِكَ الغرس عَلَى هَذَا الاختلاف.

وجه قولَهُما: أَنَّ البَائِع فِي الاسترداد بالفساد فَوْق حق الشفيع فِي الشفعة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ هَـذَا يصح مِنْ غَيْرِ قضاءٍ وَلَا رضاً وَذَلِـكَ لَا يصح إِلَّا بقضاءٍ أَوْ رضاً، وَهَذَا يورث وَذَلِكَ لَا يورث؟

ثُمَّ ذَلِكَ[1] الحق بالغرس والبناء لَا يبطل بَلْ يُنقض البناء لحق الشفيع، فلأن لَا يبطل هَذَا الحق[2] وينقض البناء والغرس لَهُ أولى.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ هَذَا امرٌ حصل بتسـليط البَائِع وَهُوَ من جنس ما يدوم فيقطع الاسـترداد كمـا قلنا فِي البيع من غيره، أَوْ الهبة والتسـليم، وَهَذَا لِأَنَّ البَائِع سلّطه عَلَى التصرف ورضي بِهِ، والبناء والغرس مِمَّا يستدام.

فأَمَّا الشفيع فحقه وَإِنَ ضعف فَإِنَّهُ لَا يبطل مِنْ غَيْرِ إبطال من جهته، وَلَا رضا لَهُ فِي البناء، وهاهنا قَدْ رضي، وَمَا يصنع يفوته عند الإبطال.

وَإِذا ثبت هَذَا فللشـفيع أَنْ يَأْخُذَ بشفعته بالقيمة، لِأَنَّ البيع الفاسد لَا يوجب الشـفعة حال فسـاده لبقاء حق البَائِع، والشفيع مقدم عَلَى الْمُشْتَرِي لَا عَلَى البَائِع، فَإِذَا انقطع حق البَائِع صَارَ نظير الصحيح.

وَلَا يلزم أَنَّ الشـفيع ينقض البناء، فكأنّ البناء لَمْ يوجد، لِأَنَّ الشـفيع ينقض سـائر التصرفات أَيْضاً، ثُمَّ لَا تبطل الشفعة، وَذَلِكَ لِأَنَّ البعض إِنَّمَا وجب ضرورة إيفاء حق الشفيع، فَصَارَ مقتضى صحة التسليم فَلَمْ يجز أن يثبت مناقضاً لَهُ.

(١) أي حق الشفيع، حاشية أ

(٢) أي حق البَائِع، حاشية أ

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ لَمْ ينتقـض إِلَّا وحق الشـفيع يخلفه، وصار ذَلِـكَ كنقض بيع الْمُشْتَرِي وهبته أَنَّه لَا يعيد حق البَائِع فِي البيع الفاسد لما قلنا؟ فَكَذَلِكَ هاهنا.

وَأَمَّا شـك يعقـوب، ففي الروايـة عن أَبِـي حَنِيفَةَ رَحَمَهُ اللَّهُ حَتَّى أبطل مشـايخنا الاختلاف، ولكنَّه ذكره فِي كِتَاب الشفعة مِنْ غَيْرِ شكٍ، وذكره فِي غَيْرِ موضعٍ.

٦٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحَمَهُ اللَّهُ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ ذَرَعَ ذِرَاعَاً مِنْ ثَوبٍ لَهُ مِنْ أَوَلَهُ فَبَاعَهُ عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ البَائِعُ أَوْ عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ الْمُشْتَرِي، أَوْ لَمْ يَذْكُرَا قَطْعَاً؛ قَالَ: البَيْعُ بَاطِلٌ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

لِأَنَّ البيع لَا يصح إِلَّا فِي مقدور التسـليم، وَهَذَا غير مقدور التسـليم لِأَنَّهُ لَا ينفـك عن ضررٍ بالباقي وَذَلِكَ مِمَّا لَا يلزم البَائِع، لِأَنَّ الضرر لَا يسـتحق بالعقود، وَإِذا لَمْ يلزم الضرر فات التسليم.

وَلَا يلـزم أَنَّهُ رضي بالضرر لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يلزمه، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عن ذَلِكَ، فبطل البيع كبيع جذع فِي السـقف، إِلَّا أَنْ يَقْطَعَه اتفاقاً فيسـلمه قبل نَقَضَ البيع فينقلب البيع صحيحاً.

وفائـدة قولَهُ: (من أَوَلَهُ) أراد بِهِ ذراعاً من ثوبٍ صحيحٍ يعدّ قطعه نقصاناً فِي العادات، فإِنْ كَانَ قَطَعَه وَلَا يتعارف قطع بعضها ضرراً يجب أن يصح بيعه.

٦٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَسْـلَمَ إِلَى رَجُلٍ

عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرٍّ[1] حِنْطَةٍ فَتَقَايَلَا السَّـلَمَ، فَأَرَادَ رَبّ السَّـلَمِ أَنْ يَشْـتَرِيَ بِرَأْسِ الْمَال شَيْئاً قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. وَلَا يَجُوزُ شِرَاؤُهُ.

٦٦١- وَكَذَلِكَ إِذَا اشْـتَرَى عشرة دَرَاهِمَ بدينار وَلَمْ يقبض العشرة حَتَّى اشْتَرَى بِهَا شَيْئاً مِنْهُ؛ قَالَ: البَيْعُ فَاسِدٌ.

أَمَّـا الْأَوَّل: ففـي القيـاس جائزٌ [يصـح شـراؤه][2] لِأَنَّهُ ديـنٌ مطلقٌ فصح الاستبدال بِهِ كدين القرض والغصب.

ومعنى قولنا: (مطلق) أَنَّهُ لَيْسَ بمبيع ليكون[3] لَهُ حكم الأعيان فيصير مقيداً وَلَيْسَ بواجب القبض[4]، ليصير عَلَيْهِ مِنْ وَجْهٍ فيصير مقيداً، والاستبدال إِنَّمَا يحرم معنى أَنَّهُ مبيعٌ أَوْ لوجوب قبضه، وَلَمْ يوجد.

وَاحْتَجَّ أصحابنا بِمَا روي عن أبي سعيد الخدري ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لرب السلم: (لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَك، أَوْ رَأْسَ مَالِك)[5].

وَفِي رواية: (خذ سلمك أَوْ رأس مالك)

وَإِنَّمَا أراد بِهِ السـلم فِي حال سـلامة العقد، أَوْ رأس الْمَال فِي حال انفساخ

---

(١) الكر وَهُوَ يساوي ٢٧٠٠ كغ من القمح تقريباً، وبحسب دائرة الإفتاء المصرية فَهُوَ ٢٣٤٠ كغ عَلَى اعتبار أنّه ٧٢٠ صاعاً.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: ليكون

(٤) حَتَّى إِذَا تقايلا وَلَمْ يقبض رَبّ السلم رأس ماله ثم جاء وقبض صحَّ فعلم أنه لَيْسَ بواجب القبض. حاشية أ

(٥) رواه ابن أبي شيبة فِي مصنفه برقم/ ٢٠٠٠٢/.

العقد، ثُمَّ السلم متعين عند السلامة لَا يحتمل الصرف إِلَى غيره، فَكَذَلِكَ رأس الْمَال عند الإقالة، ولأنَّ الإقالة فِي جانب رأس الْمَال عقدٌ مبتدأٌ، فاعتبر فِي حقه بابتداء العقد فحَرُم الاستبدال، وَهَذَا لِأَنَّ الإقالة عندنا فِي حق غير العاقدين بِمَنْزِلَةِ عقدٍ مبتدأ لما عرف.

وهاهنا جانب السلم لَا يحتمل العقد المبتدأ لِأَنَّهُ دينٌ يسقط، وجانب رأس الْمَال يحتمله لِأَنَّهُ دينٌ مثله فِي الابتداء.

فاعتبر فِي حقه حكم ابتداء السلم، وَلَا يلزم أَنَّهُ لَا يجب قبضه، لِأَنَّ قبض رأس الْمَال لَمْ يجب لمعنى فِي نفسه بَلْ لحق الْمُسْلِم فِيهِ، لِأَنَّهُ لما وجب فِيهِ أَنْ يَكُونَ ديناً وجب جبره بتعيين رأس الْمَال، ولما وجب تأجيله وجب تعجيل الآخر خلفاً عَنْهُ، ولما لَمْ يثبت حكم الابتداء فِي جانبه لَمْ يثبت فِيمَا يخلفه.

فأمَّا حرمة الاستبدال فيجوز أَنْ يَكُونَ لوجوب القبض شرعاً فِي الابتداء، فَلَا يثبت فِي الانتهاء لعدم الوجوب ويجوز أَنْ يَكُونَ [لمعنى آخر][1]، لِأَنَّ رأس الْمَال يأخذ شبهاً بالمبيع لما صَارَ هُوَ المقصود ثبتت حرمة الاستبدال بهذا الوصف وَإِنَ عدم وجوب القبض.

وَأَمَّا المسألة الأُخْرَى: فَهِيَ معروفةٌ فِي السنة عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ أوجب قبض بدل الصرف[2]، والثابت بِهِ قبضٌ معيَّنٌ، والاستبدال يبطل القبض المعين.

---

(١) فِي ب

(٢) الحديث (لَا تبيعوا الذّهبَ بالذّهبِ ولَا تبيعوا الورقَ بالورقِ إِلَّا مثلاً بمثلٍ ولَا تشفّوا بعضهُ عَلَى بعضٍ ولَا تبيعوا شيئا غائبا منهُ بناجزٍ إِلَّا يدا بيدٍ) رواه مسلم برقم/ ٤١٣٩/، وابن حبان برقم/ ٥٠١٥/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٠٢٥٦/، وغيرهم.

والأصل فِي القبض فِيمَا لَا يتعين أَنْ يَكُونَ معيناً توفيراً لحق الشـرع، فَلِذَلِكَ بطل الاستبدال.

٦٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْـتَرَى جَارِيَةً فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى زَوَّجَهَا؛ قَالَ: [النِّكَاحُ][1] جَائِزٌ. فَإِنْ وَطِأَهَا الزَّوْجُ فَهَذَا قَبْضٌ مِنْ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا فَلَيْسَ بِقَبْضٍ.

أَمَّــا التزويج فصحيحٌ، لِأَنَّ النهي ورد عــن البيع، والنكاح يخالفه بصيغته إِنْ كَانَ غير معلولٍ كما هُوَ طريق بعض الفقهاء، ويخالفه بمعناه إِنْ كَانَ معلولاً، وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَذَلِكَ للعجز عن التسليم، والقدرة عَلَى التسليم شرط صحة البيع، فأمَّا النكاح فَلَا يفتقر إِلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يصح عَلَى الصغيرة الَّتِي لَا تحتمل التسـليم، وَلَا يصح البيع فِي غَيْرِ مقدور التسليم؟

أَلَا تَرَى أَنَّ البيع ينفسخ بفوت التسليم، والنكاح لَا ينفسخ بِهِ؟

ونظيره أَنَّ النهي ورد عن بيع الآبق، وجاز إنكاح الآبق، لِأَنَّ النَّص لَمْ يتناوَلْهُ وَلَا معناه، وَإِذا صحَّ النكاح صَارَ قبضاً فِي القياس، ذكره فِي الأصل لِأَنَّهُ تعييبٌ.

وَفِـي الاستحسـان لَا يجعـل قبضـاً، لِأَنَّ التعييـب إِنَّمَا جَعَلَ قبضـاً بمعنى الاستيلاء عَلَى المبيع، وَهَذَا أمرٌ حكميٌ لَا استيلاء فِيهِ.

---

(١) فِي ب

فإن وطئها الزَّوْج صَارَ الْمُشْـتَرِي قابضاً لِأَنَّ الوطء اسـتيلاء، وَقَدْ فعل ذَلِكَ بإيجاب الْمُشْتَرِي فَصَارَ كفعل الْمُشْتَرِي.

٦٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْـتَرَى عَبْدَينِ [صَفْقَةً وَاحِـدَة][(١)] فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا، وَوَجَدَ بِالَباقِي عَيْباً فَأَرَادَ رَدَّهُ؛ قَالَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُمَا جَمِيْعَاً، أَوْ يَرُدَّهُمَا جَمِيْعَاً.

وَإِنَّمَا ذكر فِي كِتَاب البيوع فِي فصل الاستحقاق إِذَا قبض أحدهما ثُمَّ استُحق المقبوض أَوْ غير المقبوض أن لَهُ أن يرد الآخر فَصَارَ ذَلِكَ دلالةً عَلَى العيب.

وهاهنا نص عَلَى حكم العيب، لَكِنَّهُ لَمْ يذكر العيب فِي المقبوض، وَهُوَ مثل فصل الاستحقاق.

ووجـه ذَلِـكَ: أَنَّ التفريق عَلَى البَائِـع قبل تمام الصفقة باطـلٌ، لِأَنَّهُ تصرف عَلَيْهِ بالضرر، اعتبـاراً بالإيجاب ورعاية لليد، كما يراعى للملك، وَلَا بَأْسَ بِهِ بعد القبض، لِأَنَّهُ تصرف من الْمُشْتَرِي مبتدأ عَلَى نفسه.

ولمـا كَانَ كَذَلِكَ تعلق جواز التفريق بقبـض المبيع فتعلق ملكه كما قيل فِي قبض الثَّمَن لما تعلق بِهِ بطلان حق الحبس تعلق بجملته حَتَّى يبقى ببقاء جزء مِنْهُ، فَكَذَلِكَ هاهنا.

وعَـنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ أَنَّهُ قَـالَ: إن وجد العيب فِي المقبـوض اعتُبر الآخر مقبوضـاً، وَإِنَ وجد بِغَيْرِ المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض، فيردّ المعيب خاصة

(١) فِي ب

فِـي الفصل الْأَوَّل، وَفِي الفصل الثَّانِي لَمْ يردهما إِلَّا جملة، لِأَنَّ الْوَجْهَيْنِ تعارضا فوجب العمل بهما.

والصحيح جواز الْكِتَاب، لأنَّهما لما تعارضا بقي عَلَى ما كَانَ.

٦٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَـنْ بَاعَ نَحْلَاً، قَالَ: لَا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا النَّحْلُ بِمَنْزِلَةِ الزَنْبُورِ. قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْباً بِكَمْ تَرُدَّهَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّهُ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ مُحْرَزَاً.

وَهُوَ قول الشافعي ﷺ.

ووجـه ذَلِكَ: أَنَّ النَّحل حيوانٌ مسـتنفعٌ بِهِ متمولٌ فصـح بيعه، وَإِنَ لَمْ يؤكل كالحمار والبغل.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ النحل من الهوام فَلَا يصح بيعه كالزنابير، وَهَـذَا لِأَنَّ النَّحـل غير منتفعٍ بِهِ بِعَيْنِهِ، وإنما يُنتفع بنتاجـه، فَلَا يَجُوزُ أن يصير مَالاً باعتباره، لِأَنَّ ذَلِكَ معدومٌ، والقائم مِنْهُ لَيسَ بِشَـيْءٍ معتبرٍ، ولأَنَّ عين النتاج لَا يعد مَـالاً معتبراً متقوماً قبـل الانفصال لعدم الاحتراز وتعذّره، فـلأن لَا يصير غيره بِهِ مَالاً أولى.

أَلَا تَرَى أن النحل لَا يتصور إحرازه.

وَأَمَّـا دود القز، فَلَا يَجُـوزُ بيعه عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَقَـالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يجوز بيعه.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: إن ظهر القز فِيهِ جَازَ بيعه، وإلا فَلَا.

وَأَمَّا بذره فَلَا يَجُوزُ بيعه عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يجوز بيعه، وَذَلِكَ للعادة والضرورة.

واعتبر أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ محض القياس.

وقولَهُ: (لو وجد بِهَا عيباً بكم تردها؟) إشارة إِلَى أن لَا قيمة لَهَا وَلَا رغبة فِي عينها، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي جنيها.

٦٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَهِيَ ثيبٌ؛ قَالَ: لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، فَإِنْ وَطَأَهَا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: فَسَدَ النِّكَاحُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا إِذَا وَطِأَهَا.

وأصله: أَنَّ السلعة لَا تدخل فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ الخيار لَهُ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وتزول عن ملك البَائِع.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يدخل فِي مِلْكِهِ.

وجه قولَهُما: أَنَّ الخيار شُرع نظراً لصاحب الخيار، ومن النظر أن لَا يستحق عَلَيْهِ ماله، فأمَّا أن لَا يجب لَهُ حقه فَلَا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ الخيار إِذَا اتصل بالموجب فِي البيع منع موجبه كما منع زوال ملك صاحب الخيار عَنْهُ، وَهَذَا لِأَنَّ استثناء الحكم يُمنع إِذَا دَخَلَ عَلَى السبب عملاً بحقيقته فِي الَّذِي لَهُ، كما يُمنع فِي الَّذِي عَلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الدين لما منع الإرث باعتبار أَنَّهُ شرع بعد الفراغ عَنْهُ استوى دين الوارث ودين غير الوارث؟ فَكَذَلِكَ حكم الاستثناء.

وفروع هَذَا الخلاف كثيرة:

مِنْهَا ما تقدم فِي عتق العَبْد إِذَا تعلق بالملك، ومنها عتق القريب، ومنها فساد النكاح الَّذِي ذكر هاهنا، وَقَدْ أحصينا ذَلِكَ فِي غَيْرِ هَذَا الموضع.

وَإِذا بقي النكاح بقي الوطء واقعاً بحكم النكاح، فأضيف إِلَى البَائِع فَلَمْ يمنع الردّ بالعيب.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا ردّها بالعيب لَمْ يقع الوطء المستوفى بالنكاح فِي غَيْرِ الملك.

وعندهمـا لما بطل النكاح حصل الوطء بحكم ملـك الرقبة، فمنع الرد هَذَا اذَا كَانَتْ ثيباً.

فأمَّـا إِذَا كَانَـتْ بكراً امتنـع الرد عند أَبِـي حَنِيفَةَ رحمه الله أَيْضَـاً، لِأَنَّ العذرة غير مستحقةٍ بالنـكاح فصـارت فائتةً عَلَى الْمُشْـتَرِي فِـي ضمانه، فأمَّـا أصل الوطء فمستحقٌ بالنكاح.

٦٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ بَاعَ عَبْدَاً قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يعلم ذَلِكَ الْمُشْـتَرِي فقُطِعَ عِنْدَ الْمُشْـتَرِي؛ قَـالَ: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى البَائِعِ، وَيَرْجِـعُ عَلَيْهِ بِالثَّمَـنِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا يَـرُدُّهُ، وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ عَيْبِهِ مَا بَينَ قِيمَتِهِ سَارِقَاً إِلَى غَيرِ سَارِقٍ.

وحاصل ذَلِكَ: أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رحمه الله أجرى هَذَا مجرى الاستحقاق فَكَانَ عيباً فِي الباقي مضافاً إِلَى البَائِع.

وعندهما: إِنَّمَا يضاف إِلَيْهِ الوجوب لَا غير.

وَكَذَلِـكَ لو وجده مباح الدم، فقُتِل عند الْمُشْـتَرِي بِذَلِكَ رَجَعَ بجميع الثَّمَن عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وعندهما يَرْجِع بحصة العيب وَهِيَ حصة ما بين مباح الدم إِلَى معصوم الدم.

وإباحة الدم بقتل عند البَائِع عمداً أَوْ ردةٍ أَوْ قطع طريق بقتلٍ، وَإِنَ سَرَقَ عند البَائِع، ثُمَّ سَرَقَ عند الْمُشْتَرِي، فقطع فِي ذَلِكَ كُلِّهِ لَمْ يختلف الجواب عندهما.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: لَا يردّه بِغَيْرِ رضا البَائِع ويرجع بربع الثَّمَن، فإن قبله البَائِع يَرْجِع بثلاثة أرباع الثَّمَن، وَإِنَ حُدّ بالزنا فجرحته السياط لَمْ يَرْجِع بنقصان الجرح.

وجـه قولَهُما: إنَّ هلاك المبيع مضافٌ إِلَى أمرٍ حادثٍ فِي ضمان الْمُشْـتَرِي، فَلَا يضاف ذَلِكَ إِلَى البَائِع، وَلَا يجري مجرى الاستحقاق.

[مطلب: في شراء الأمة الحامل]

كمن اشْـتَرَى [أمةً][1] حاملاً فَوَلَدَتْ عند الْمُشْتَرِي وهلكت فِي نفاسها، أَنَّهُ لَا يَرْجِع بجميع الثَّمَن.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ السـبب الموجود عنـد البَائِع، إِنَّمَا أوجب الفعل فِي الدم والحياة، لَا فِي المالية.

وَإِنَّمَـا ذهبت المالية ضرورة أَنَّها لَا تبقى بدون الحياة، وَهَذَا أمرٌ غير مضافٍ إِلَى الخيانة.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ المبيع اسـتحق من يد الْمُشْتَرِي [بسبب][2] فِي ضمان

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

البَائِع، فنُزِّل ذَلِكَ منزلة الهلاك عند البَائِع، ونُزِّل منزلة الاستحقاق كما قلنا فِيمَا إِذَا قبض بِغَيْرِ إذنه قبل نقد الثَّمَن، ثُمَّ استرده البَائِع فَهَلَكَ عنده.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ السبب الموجود عند البَائِع أوجب استحقاق الفعل، واستحقاقه أوجب وجوده، ووجوده أوجب فوت مالا يقوم إِلَّا بِهِ فَصَارَ ذَلِكَ مضافاً إِلَيْهِ بهذه الوسائط.

ومثال ذَلِكَ الغصب، رجلٌ غصب عَبْدَاً فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً عمداً أَوْ خطأ، فاستُحق بِذَلِكَ رقبته عند المالك، فَإِنَّهُ يَرْجِع بِهِ عَلَى الغاصب، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَأَمَّا مسألة الحمل فَقَدْ قيل إِنَّها عَلَى الاختلاف، وَإِنَ لَمْ يذكر الاختلاف فِيهِ فِي كِتَاب البيوع.

فَقَدْ ذكره فِي هَذَا الْكِتَاب فِي نظير ذَلِكَ من الغصب، أَنَّهُ يَرْجِع عَلَى الغاصب، فَكَانَ البيع ملحقاً بِهِ، وَإِنَ سلمنا فإِنَّ الفرق بين الحمل والْجِنَايَة ظاهر، لِأَنَّ الْجِنَايَة أوجبت استحقاقاً، وَأَمَّا الحمل فَلَا، فَصَارَ الحمل سبباً بطريق المرض، وَذَلِكَ حادثٌ فِي ضمان الْمُشْتَرِي، وَلَا يلزم عَلَيْهِ الغصب حينئذٍ، لِأَنَّ الواجب هناك ردُ يدِ مثل الْأَوَّل، فَإِذَا حصل بضرب خللٍ امتنع بِهِ المماثلة فَلَمْ يصح.

فأَمَّا هاهنا فالواجب عَلَيْهِ ابتداء التسليم، وَذَلِكَ صحيحٌ مع خطر عاقبة الحمل.

وَكَذَلِكَ حكم الردّة، لِأَنَّهَا إِنَّمَا تُوجب القتل بمعنى المحاربة، وَذَلِكَ ثابتٌ بنفس الردة، فأَمَّا أن يضاف إِلَى إباء الْإِسْلَام أَوْ الإصرار عَلَى الكفر فَلَا.

وذكر أَنَّ الْمُشْتَرِي لَمْ يعلم، فإِنْ كَانَ عالماً فعندهما بطل حقه، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ العيب، والبيع لَا يوجب السلامة عند العلم بالعيب.

وَقَـدْ قيـل فِي قول أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ أَنَّهُ كَذَلِكَ، وَلَيْـسَ بصحيحٍ، والصحيح أنَّ الجهل والعلم سواءٌ، لِأَنَّهُ من قبيل الاستحقاق، والعلم بالاستحقاق لَا يمنع الرجوع، وَإِنَ تداولت البيوع، ثُمَّ قيل: فعندهما لَهُ حكم العيب إِذَا لَمْ يعلم واحد منهم.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ يتراجعون بِمَنْزِلَةِ الاستحقاق، فإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أعتقه ثُمَّ قتل أَوْ قطع فعندهما يَرْجِع بحصة العيب، وَلَا إشكال فِيهِ.

وَأَمَّـا عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فَلَا يَرْجِع بِشَـيْءٍ، لِأَنَّ ذَلِـكَ كَانَ مُوجِب فوات يد الْمُشْتَرِي لما قلنا من ضرورة قيام المالية بالحياة، وهذه الضرورة قَدْ عدمت لعدم المالية يوم القتل والقطع.

٦٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى مِنْ رَجُلٍ جاريةً بيعاً فَاسِـدَاً بِأَلْفِ دِرْهَم وَتَقَابَضَـا، وَرَبحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا قَبَضَ؛ قَالَ: يَتَصَدَّقُ الَّذِي قَبَضَ الْجَارِيَةَ بِالرِّبحِ، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلَّذِي قَبَضَ الدَّرَاهِمَ.

وأصله وجملته: أنَّ الخَبثَ نوعان:

خبث لعدم الملك ظاهراً.

وخبث فِي الملك لفساده.

والمال نوعان: ما يتعين، ومالا يتعين.

أَمَّا الخبث إِذَا كَانَ لعدم الملك، فإنَّ الربح لَا يطيب فِي النوعين جَمِيْعَاً، كالمودَع يتصرف ويربح، أَوْ الغاصب فِي العرض والنقد عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ.

إِلَّا أنَّ الخبث فِي العرض حقيقةٌ لتعلق العقد بِمَالِ غيره ظاهراً، والخبث فِي

النقود شبهةٌ لتعلق العقد بِهِ جوازاً، أَوْ لسلامة المبيع بِهِ بدأ، فَصَارَ بِذَلِكَ وسيلة مِنْ وَجْهٍ.

فأَمَّا فِي الملك فشبهة الخبث لسبب الفساد ثابتٌ فِيمَا يتعين، لِأَنَّ خبث الفساد هاهنا من حيث هُوَ شبهة صَارَ نظير الخبث فِي النقود فِي غَيْرِ الملك، فوجب التصدق بالربح.

فأَمَّا فِي النقود، فَلَمَّا كَانَ عند فَقْدِ الملك لَا يثبت إِلَّا شبهة الخبث فعند الشبهة فِي الملك بطلب الشبهة أصلاً، وَلِذَلِكَ بابٌ فِي آخِرِ الجامع.

٦٦٨- قَالَ: وَكَذَلِكَ لو أَنَّ رَجُلَاً قَالَ لِرَجُلٍ لِي عليك ألف دِرْهَم فاقضنيها[١] فقضاها، ثُمَّ تصادقا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَقَدْ تصرف فِيهَا وربح فالربح يطيب لَهُ؛

لِأَنَّ هَذَا ملكٌ فاسدٌ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بدل المستحق، لِأَنَّ وجود الدين بقسمته[٢]، وَإِذَا تصادقا بعد التسمية صَارَ بِمَنْزِلَةِ موجود مستحق، فَلِذَلِكَ فسد بِهِ الملك وَلَمْ يبطل.

٦٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مُسْلِمٍ لَهُ خَمْرٌ أَمَرَ نَصْرَانِيَّاً فَبَاعَهَا؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَجُوزُ. وَإِنْ أَمَرَ مُسْلِمٌ نَصْرَانِيَّاً [بِأَنْ يَشْتَرِيَ][٣] لَهُ خَمْرَاً، فاشْتَرَى قَالَ: جَائِزٌ[٤]. وقالا: لَا يَجُوزُ.

(١) فِي ب: فاقضها

(٢) أي عند القَاضِي أَمَّا عند الله فَلَا. حاشية أ

(٣) فِي ب: فاشْتَرَى

(٤) فِي ب: يجوز

احتجا بأَنَّ التوكيل كسبٌ بحكم العقد، لِأَنَّ الوكيل نائبٌ فِي حق الحكم، فيصير مضافاً إِلَى الموكِّل.

والمسلم منهي عن الكسب فِي الخمر وبالخمر، ودليل النيابة أَنَّ الوكيل يَرْجِع بالعهدة عَلَى الموكل.

ويصح فِي ذَلِكَ تخصيصه.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَنَّ هَذَا تملك للخمر، وثمن الخمر حكماً لَا يكسبه، [فيصبح][1] كالعبد المأذون النصراني يَشْتَرِي خمراً أَوْ يبيعها ومَوْلَاهُ مسلم.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ الكسب هُوَ العقد، وَذَلِكَ مقصورٌ عَلَى الوكيل.

وَلِذَلِكَ كَانَتْ الحقوق عَلَيْهِ، لكن الموكل قَامَ مقامه فِي حق الحكم بمباشرة غيره، وهذه حقيقة الْوَكَالَة والغرض لَهَا، فَإِذَا صحَّ تصدّق بالثمن لِأَنَّهُ عرض ما هُوَ حرامٌ، وخلّل الخمر وسيّب الخنزير إِنْ كَانَ.

٦٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ مُقِرٍّ بِالعُبُودِيَةِ، قَالَ لِرَجُلٍ اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدُ فُلَانٍ، فَاشْتَرَاهُ، فَإِذَا العَبْدُ حُرٌّ؛ قَالَ: لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَى العَبْدِ بِشَيْءٍ إِنْ كَانَ البَائِعُ حَاضِرَاً أَوْ كَانَ غَائِبَاً غَيْبَةً مَعْرُوفَةً. فَإِنْ كَانَ غَائِبَاً لَا يَدْرِي أَيْنَ هُوَ رَجَعَ عَلَى العَبْدِ بِالثَّمَنِ، وَرَجَعَ العَبْدُ عَلَى البَائِعِ بِذَلِكَ إِنْ قَدِرِ عَلَيْهِ. وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَرْجِع بِحَالٍ.

وجه قولَهُ: أَنَّ ضمان الثَّمَن إِنَّمَا يجب بالمبايعة أَوْ بالكفالة، وَلَمْ يوجد من

(١) فِي ب

العَبْد شيءٌ من ذَلِكَ، وَإِنَّمَا وجد مِنْهُ إشارة، كما توجد من الأجنبي، وكما لو قَالَ: (ارتهني).

والمسألة بحالها، لِأَنَّهُ لو ظهر حقاً لكان العَبْد أجنبياً عن ماليته لَيسَ عَلَيْهِ تسليمها.

ووجه قــول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ: أنَّ هَذَا العَبْد ضَمِنَ لِلْمُشْـتَرِي سـلامة الثَّمَن من نفسه مَتَى تعذر استيفاؤه من البَائِع عند الحاجة إِلَى ذَلِكَ.

فَـإِذَا جاء التعذر وجب الرجوع عَلَيْهِ إِذَا ظهـرت أهليته [للضمان][1] بحكم الْكَفَالَة والغرر.

كالْمَوْلَـى إِذَا قَـالَ: (بايعوا عَبْدِي هَذَا فإني قَدْ أذنت لَـهُ فِي التِّجَارَةِ) فبايعوه فلحقه الديون، ثُمَّ اسـتحق العَبْد أنَّ أصحاب الديون يرجعون عَلَى الرَّجُل بقيمته، فَكَذَلِكَ هَذَا.

بيانه: أَنَّهُ لو رد العَبْد بالعيب حبسه بالثمن، فإن تعذر استيفاؤه بيع لحقه.

فإنَّما شـرع فِي العقـد بناء عَلَى أمره معتمداً عَلَى ما قلنا من حق الاسـتيفاء، فجعل العَبْد بِمَنْزِلَةِ المحتال عَلَيْهِ بِذَلِكَ تحقيقاً لنفي الغرور.

وذكر فِي الْكِتَاب فصل الرهن أَنَّهُ لَا يَرْجِع عَلَى العَبْدِ أَبَدَاً.

وَهَذَا الفصل من الخواص.

والفصل الْأَوَّل مذكورٌ فِي كِتَاب العتاق.

---

(١) فِي ب

[مطلب: في الفرق بين الرهن والبيع]

والفـرق بين الرهن والبيع عنـد أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ عقـد البيع عقد معاوضة يستحق بِهِ السلامة، فَصَارَ الأمر بِهِ ضماناً للسلامة عَلَى ما هُوَ موجبه.

فأمَّا الرهن، فإنَّما شـرع لملك الحبس مِـنْ غَيْرِ عوض يقابله، ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه مِنْ غَيْرِ عوض، فَلَمْ يصر الأمر بِهِ ضماناً للسلامة.

وقولَهُ: (فَإِذَا العَبْد حر) يجوز أن يراد بِهِ حرية الأصل، ويجوز أن يراد بِهِ عتقه.

فـإِنْ كَانَ المـراد بِهِ حرية الأصل فَقَدْ ثبت بِـهِ أنَّ التناقض لَا يمنع من صحة الشهادة عَلَى حرية الأصل، لِأَنَّ الدَّعْوَى فِيهِ لَيْسَتْ بشرطٍ عند عامة مشايخنا، لِأَنَّ حريـة الأصل لَا تخلو عن حرمة الفرج من قبل الأم أَوْ قرابة الأم، وغير ذَلِكَ، فإن خلا عن ذَلِكَ كَانَتْ الدَّعْوَى فِيهَا شرطاً.

وَقَالَ بعضهم: الدَّعْوَى فِيهَا شرطٌ، لكن التناقض لَا يمنع لخفاء حال العلوق.

فإِنْ كَانَتْ المسألة فِي هَذَا لم نسلّم مسألة التناقض فِي دعوى العتق عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وإِنْ كَانَ تأويل المسـألة فِـي العتق المبتدأ، فإنَّ التناقـض إِنَّمَا لَا يمنع لعذر الخفاء أَيْضاً، لِأَنَّ الْمَوْلَى ينفرد بالإعتاق مِنْ غَيْرِ علم العَبْد فيصير خفياً فِي الأصل، فَصَارَ التناقض فِيهِ عفواً.

٦٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بَـاعَ عَبْدَاً مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ غَابَ الْمُشْـتَرِي قَبْـلَ أَنْ يَقْبِضَهُ، فَأَقَامَ البَائِعُ البِيِّنَـةَ أَنَّهُ بَاعَهُ إِيَّاهُ.

قَالَ: إِنْ كَانَ الْمُشْـتَرِي غَائِبَاً غَيبَةً مَعْرُوفَةً لَـمْ يَبِعْهُ. وإِنْ كَانَ غَائِبَاً لَا يَدْرِي أَيْنَ هُوَ، بَاعَهُ القَاضِي، فَأَوْفَى البَائِعَ ثَمَنَهُ.

وتفسير المسألة أَنَّهُ لَمْ يقبضه، وَلَمْ ينقد الثَّمَن.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ البيع إِذَا لَمْ يتصل بِهِ القبض كَانَ المبيع فِي يَدِ البَائِع رصداً لاسـتيفاء الحق مِنْهُ إِذَا تعذر اسـتيفاؤه من الْمُشْـتَرِي، كالرهن، وَلَيْسَ هَذَا بقضاءٍ عَلَى الغائب، بَلْ هُوَ إقرارٌ.

بيانه: أنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ العَبْد لو ادَّعَى العَبْد لِنَفْسِهِ قبل قولَهُ، فَإِذَا أَقَرَّ بِهِ لغيره، فإنَّما يجب لغيره بإقراره، وَمَا أَقَرَّ لَهُ إِلَّا بعبد ناقص، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مشـغولاً بحقه رصداً لاستيفاء ثمنه مِنْهُ.

هَذَا موجب إقراره فثبت لَهُ الملك فأصر إِلَّا أن يسـتحق عَلَيْهِ بعد ما ثبت لَهُ كامـلاً، وَأَمَّا البينـة لإلزام النظر عَلَى القَاضِي وإبطال التهمـة، وَإِنَّمَا يصار إِلَى بيع العين عند الضرورة، وَلَا ضرورة فِي الغيبة المعروفة.

٦٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا شُـفَعَةَ فِي قِسْـمَةٍ، وَلَا خِيَارَ رُؤْيَةٍ.

أَمَّا الشفعة فِي القسمة، فلأنَّ القسمة لَيْسَتْ بيعاً محضاً، بَلْ فِيهِ معنى الإفراز.

أَلَا تَرَى أَنَّ الممتنع عَنْهَا يجبر عَلَيْهَا، وَلَا خلاف أنَّ فِي القسمة معنى الإفراز.

والشفعة إِنَّمَا شـرعت فِي البيع المحض، فَلَا يصح إثباتها فِي الَّذِي تخالفه،

كما لَمْ يجب فِي معاوضة مال بِغَيْرِ مال، ولأنَّ كل قسيم شريك فيكون مقدماً عَلَى الجار.

وَأَمَّا قولَهُ: (وَلَا خيار رؤية) فإِنْ كَانَتْ الرواية وَلَا خِيار بكسر الراء، فإِنَّ معناه أنَّ لَا شفعة فِي الرد بخيار الرؤية.

وتفسيرهٌ رجلٌ اشْتَرَى دَاراً لَمْ يرها وَلَهُا شفيعٌ، فأبطل شفعته، ثُمَّ ردها الْمُشْتَرِي لخيار الرؤية، لَمْ تتجدد شفعة الشفيع، لِأَنَّ هَذَا فسخ يثبت شاء البَائِع أَوْ أَبَى، فَلَا يثبت لَهُ شبهة بالتراضي بخلاف الإقالة.

وإِنْ كَانَتْ الرواية بفتح الراء فإِنَّ معناه أَنَّ لَا يثبت خيار الرؤية فِي القسمة، وَذَلِكَ غير صحيحٍ بَلْ الصحيح المنصوص فِي كِتَاب القسمة يثبت خيار الرؤية فِي القسمة، وخيار الشرط يثبت فِي ذَلِكَ بلا إشكال.

كل ذَلِكَ فِي كِتَاب القسمة، لِأَنَّ خيار الرؤية إِنَّمَا يثبت لخللٍ فِي الرضا فِيمَا يتعلق لزومه بالرضا، وَقَدْ وجد ذَلِكَ فِي القسمة.

٦٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عبدٍ لِرَجُلٍ آبِقٍ، جَاءَ رَجُلٌ وَقَالَ: إنَّ عَبْدَكَ [هَذَا][1] قَدْ أَخَذْتُهُ وَهُوَ عِنْدِي فَبِعْنيهِ فَبَاعَهُ جَازَ. وَإِنْ قَالَ: (هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ قَدْ أَخَذَهُ فَبِعنِيهِ) فَصَدَّقَهُ فُلَانٌ فَبَاعَهُ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ.

وأصله: أنَّ بيع العَبْد الآبق باطلٌ بالنَّص، وَهُوَ معلولٌ بالعجز عن التسليم، والتعليل للتعدية لَا لإبطال حكم النَّص.

---

(١) فِي ب

فَـإِذَا قَالَ: (قَدْ أخذتـه وَهُوَ عِنْدِي) فَقَدْ أخبر أَنَّ إباقـه قَدْ زال، لأن المأخوذ لَيسَ بآبقٍ فِي حق الآخذ.

والنهـي ورد عن بيع الآبق مطلقاً وَهُـوَ أَنْ يَكُونَ عقداً فِي حق العاقدين، فَلَا يتناول المقيد، والمعنى لَمْ يوجد لِأَنَّهُ لَا عجز عن التسـليم فِي حق الْمُشْـتَرِي إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ.

فأمَّا إِذَا كَانَ عند غيره فَهُوَ آبقٌ فِي حقهما جَمِيْعَاً، وَلَا قدرة عَلَى التسليم أَيْضَاً.

٦٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ بَاعَ دَاراً لِرَجُلٍ فَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بِنَائِهِ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَى البَائِعِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: عَلَى البَائِعِ قِيمَتُهَا، ثُمَّ رَجَعَ يَعْقُوبُ ﵁ فَقَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وأصل المسألة أنَّ العقار لَا يضمن بالغصب عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄ الآخر.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵁: يضمن.

وتفسـيره: أَنَّهُ إِذَا غصـب دَارَاً فانهدمـت، أَوْ أرضاً فانتقصـت، (وَإِذا بَاعَهَا الغاصب فأدخلها الْمُشْتَرِي فِي بنائه) من الخواص.

ووجـه قول محمَّد ﵁: أنَّ العقار يُضمن بالعقد الفاسـد والجائز فوجب أن يُضمن بالغصب كالمنقول.

وتفسـير ما قلنا: أنَّ الـدار إِذَا حدث بِهَا عيبٌ عند البَائِع كَانَ ذَلِكَ محسـوباً عَلَيْهِ، وَإِذا حدث عند الْمُشْتَرِي كَانَ ذَلِكَ محسوباً عَلَيْهِ.

وَفِي البيع الفاسد إِذَا حدث بِهَا عيبٌ عند الْمُشْتَرِي كَانَ ذَلِكَ مضموناً عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الغصب قطع اليد، فإنَّما يجعل حدَّ القطع عَلَى قدر الوجود.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄: أنَّ العقار لَيْسَ بمحلٍ للغصب فَلَا يضمن بِهِ كالمكاتب.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ الغصب هُوَ الأخذ بِغَيْرِ حقٍ، والأخذ أن يصير الشيء تابعاً للآخذ قائماً بيده، وَهَذَا لَا يتصور فِي العقار، وَلِذَلِكَ لَمْ يجب القطع بسرقته بحال.

وَإِنَّمَا ثبتت[1] عَلَيْهَا الأيدي شرعاً صيانةً لحدود الشرع[2] وأحكامه الَّتِي لَا بُدَّ من إثباتها والتعدي يجب رده، فأخذنا فِيهِ بحقيقة القياس.

ومعنى المسألة إِذَا بَاعَهَا ثُمَّ اعترف بالغصب وكذّبه الْمُشْتَرِي.

٦٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى دَابَّةً فَوَجَدَ بِهَا عَيْباً فَرَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا، أَوْ يَسْقِيهَا، أَوْ يَشْتَرِي لَهَا عَلَفاً. قَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ بِرِضَاً.

لِأَنَّ الرضا إِنَّمَا يثبت إفصاحاً أَوْ دلالةً وَلَمْ يوجد، أَمَّا الإفصاح فَلَا يُشكل.

وَأَمَّا الدلالة فلأنَّ هَذَا من أسباب الرد، لِأَنَّهُ لَا يتمكن من الرد إِلَّا بالسقي والعلف.

فربما يحتاج إِلَى الركوب للرد أَيْضاً حَتَّى لو ركب فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنْ غَيْرِ

(١) فِي ب: لَمْ تثبت عَلَيْهَا

(٢) فِي ب: الدين

حاجةٍ بأن أمكنه السقي فِي منزله أَوْ قريباً مِنْ غَيْرِ ركوب، وَكَذَلِكَ فِي الرد والعلف صَارَ راضياً.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي السير الكبير: إِذَا حمل عَلَيْهَا العلف لَهَا وركبها مع ذَلِكَ، فإِنْ كَانَ فِي وقرٍ وَاحِدٍ لَمْ يَكُنْ رضاً، وإِنْ كَانَ فِي عدلين صَارَ رضاً لما قلنا، فَكَذَلِكَ نقول فِي هَذَا الفصل.

٦٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدَ رَجُلٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ فَقَالَ الْمُشْتَرِي: أَرُدُّ الْبَيْعَ، لأَنَّكَ بِعْتَنِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَجَحَدَ ذَلِكَ الْبَائِعُ، فَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الآمِرِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ. أَوْ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ بِذَلِكَ لَمْ يُقْبَلْ، فَإِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي أَبْطَلَ الْقَاضِي الْبَيْعَ، وَنَقَضَهُ إِذَا طَلَبَ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي.

أَمَّا البينة فَلَا تقبل لبطلان الدَّعْوَى، وَإِنَّمَا تطلب الدَّعْوَى بالتناقض، لِأَنَّ الإقدام عَلَى البيع إقرارٌ مِنْهُمَا بصحته.

فإن أَقَرَّ عند القَاضِي بِهِ صحَّ، لِأَنَّ تناقض الخصم إِنَّمَا يمنع الدَّعْوَى، وَلَا يمنع الإقرار.

وَإِذَا صحَّ فللخصم الآخر أن يساعده عَلَى ذَلِكَ فينفذ ذَلِكَ عَلَيْهِما، وَلِذَلِكَ شرط للنقض طلب الْمُشْتَرِي حَتَّى يصيرا متفقين عَلَى ذَلِكَ، فيكون نقضاً.

وَلَهَذه الجملة باب فِي الزيادات، وَلَمْ يذكر هناك طلب الْمُشْتَرِي، وَمَا زَادَ عَلَى هَذَا فمذكور هناك.

٦٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَـالَى، فِي بَيْعِ بَيْضَةٍ بِبَيْضَتَينِ، أَوْ جَوْزَةٍ بِجَوْزَتَينِ، أَوْ فِلْسٍ بِفِلْسَينِ، أَوْ تَمْرَةٍ بِتَمْرَتَينِ، يَداً بِيَدٍ، أَنَّهُ جَائِزٌ إِذَا كَانَ بِعَيْنِهِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ فِلْسٍ بِفِلْسَينِ.

وأصله أنَّ الربا عندنا إِنَّمَا يجري فِي باب الأعيان بالعدد[١] والجنس.

والجوز والبيض [والتمـر][٢] والفلس غير مكيل، وَلَا وزني، لِأَنَّ الكثير من الجوز والتمر يكال لَا القليل، فَلَمْ يثبت فيهما وجوب التسوية، وَلَا حرمة الفضل.

وَلَا يلـزم أنَّ الجـوزة مثل للجوزة فِي ضمـان العدوان، وَكَذَلِكَ سـائر هَذِهِ الجملة[٣] بِمَنْزِلَةِ المقدر.

وَلَـمْ يجعل كَذَلِكَ فِي حكم الربا، لِأَنَّ الجـوز لَيْسَ بمثل للجوز لعدم دليل المماثلة ولقيام التفاوت، إِلَّا أنَّ النَّاس اصطلحوا عَلَى إهدار التفاوت، فعمل ذَلِكَ فِي حقهم، وَهُوَ ضمان العدوان.

فأمَّا فِي حق الشرع، وَهُوَ وجوب التسوية وحرمة الفضل فَلَا، فإن جَعَلَ أحد البدلين ديناً بطل، لِأَنَّ الجنس يحرّم النسـيئة، والنسـيئة ما كَانَ ديناً مؤجلاً، أَوْ غير مؤجل.

---

(١) فِي ب: بالقدر

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: المماثلة

[مطلب: فِي بيع الفلس بفلسين]

وَأَمَّا بيع الفلس بالفلسين فعلى أربعة أوجه:

إِمَّا أن تكون كلها ديوناً، أَوْ هَذَا العوض أَوْ هَذَا، أَوْ كَانَتْ أعياناً.

فَإِنْ كَانَتْ ديوناً لَمْ تجز لِأَنَّ الجنس يحرم النسيئة، والدين بالدين حرامٌ أَيْضَاً، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أحد العوضين ديناً كَانَ باطلاً لمكان النسبة هاهنا، والجنس يحرم ذَلِكَ.

وَأَمَّا إِذَا عُيّنت كلها صحَّ العقد عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄ استحساناً.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: هُوَ باطلٌ.

وحاصل الاختلاف أنَّ التعيين هل يصح؟

وجه قول محمَّد ﵀: أنَّ الفلوس صَارَتْ أثماناً باصطلاح النَّاس، فَإِذَا اصطلح العاقدان عَلَى تعيينها كَانَ ذَلِكَ نسخاً للإجماع، ولَا يَجُوزُ نسخ الْإِجْمَاع بالآحاد، كمن اشْتَرَى فاكهةً بفلوسٍ وعينها لَمْ يتعين لما قلنا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄: أَنَّهما قصدا صحة العقد، وللصحة وجهٌ متعينٌ، وَهُوَ التعيين فيبطل عَنْهَا معنى النسيئة فوجب القول بالتعيين تصحيحاً لقصدهما.

وإليهما نَقَضَ الاصطلاح فِي حقهما، لِأَنَّ الاصطلاح إِنَّمَا يثبت رفقاً بالنَّاس، لَا لإيجاب حق الشرع عَلَى العباد.

فَإِذَا انقلبت النسيئة فِي نَقَضَ الاصطلاح ثبت لَهُمَا ولاية النقض، وَهَذَا

كاصطلاح النَّاس عَلَى نقد من النقود لَا يمنع المصير إِلَى نقد آخر تحقيقاً لليسر، وَكَذَلِكَ هَذَا.

وَقَالَ فِيمَنْ اشْتَرَى بيضة بفلس، فوجدها مذِرةً أي فاسدةً، قَالَ يأخذ الفلس وَلَا شيء عَلَيْهِ، لِأَنَّ المذرة الَّتِي فسد باطنها فَصَارَ لَا قيمة لَهَا بفسادها [وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ بطل بيعها][1] فبطل بيعها.

٦٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلاً بِبَيْعِ عَبْدَهُ، فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَسَلَّمَهُ، وَقَبَضَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْهُ، حَتَّى وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِهِ عَيْباً، وَهُوَ عَيبٌ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ، فَرَدَّهُ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِإِباءِ يَمِينٍ، أَوْ بِإِقْرَارٍ مِنْ الْمَأْمُورِ؛ فَلِلْمَأْمُورِ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الآمِرِ.

فإِنْ كَانَ عيباً يحدث مثله فردُه بينته أَوْ بإباء يمينٍ، فَكَذَلِكَ، وَإِنَ رده بإقرار لَمْ يرده عَلَى الآمر.

وأصله أنَّ الوكيل بِالْبَيْعِ والشراء هُوَ الخصم فِي العيب، لِأَنَّهُ من حقوق العقد.

فإِنْ كَانَتْ العيب لَا يحدث مثله أَوْ لَا يحدث مثله فِي مثل هَذِهِ المدة رده القَاضِي بِغَيْرِ بينةٍ وَلَا إقرارٍ وَلَا يمينٍ، لعلمه يقيناً بكونه عند البَائِع.

ومعنى شرط البينة والنكول والإقرار فِي الْكِتَاب أن يشتبه عَلَى القَاضِي أنَّ هَذَا العيب قديمٌ أَوْ لَا، ويعلم أَنَّهُ لَا يحدث فِي مدة شهر مثلاً، لكن لَمْ يعرف تاريخ

(١) فِي ب

البيـع مَتَى كَانَ، فاحتاج إِلَى البينـة أَوْ الْيَمِين أَوْ الإقرار لذلك، فأمَّا إِذَا عاين تاريخ البيع، والعيب ظاهرٌ فَلَا حاجة إِلَى شيءٍ مِنْهُ.

وَإِذا كَانَ الأمـر عَلَى هَذَا صَارَ هَـذَا رداً عَلَى الموكل، فَلَا يحتاج الوكيل إِلَى ردٍ وَلَا إِلَى خصومةٍ.

فأمَّـا إِذَا كَانَ العيب يحتمـل الحدوث فإن رد بالبينة فَهُـوَ لازمٌ للموكل لِأَنَّ البينة حجةٌ فِي حق النَّاس كافةً.

فَإِذَا ثبت بِهَا قيام العيب عند الموكل نفذ الرد عَلَى الموكل، وَكَذَلِكَ إِذَا ردها بالنكول، لِأَنَّ الوكيل مضطرٌ فِي النكول، لأنه لَمْ يباشر أحوال العَبْد.

والمـوكل هُوَ الَّذِي أوقعه فِيهِ فَصَارَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنَ رده بإقراره كَانَ رداً عَلَى الوكيل، لكن لَهُ أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أَوْ نكول، لِأَنَّ هَذَا الرد لما حصل بقضـاء القَاضِي لَمْ يحتمل ابتداء العقد لعدم التراضـي، فَلَمْ يكن بدٌّ من أن يجعل فسـخاً، إِلَّا أَنَّهُ حصـل بدليلٍ قاصرٍ، وَهُوَ إقرار الوكيل بقيـام العيب عند الموكل، فمن حيث أنَّ الرد فسخ، كَانَ للوكيل أن يخاصم الموكل، ومن حيث الدليلُ قاصرٌ لزم الوكيل إِلَّا أن يقيم الحجة عَلَى الموكل.

فإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي رده بِنَفْسِهِ بإقرار الوكيل مِنْ غَيْرِ قضاءٍ، فإِنْ كَانَ العيب مِمَّا يحتمل الحدوث لزم الوكيل، وَلَمْ يخاصم الموكل بحال، لِأَنَّ هَذَا فسخ بالتراضي، فَكَانَ لَهُ حكم عقدٍ جديدٍ فِي حق غيرهما، فبطل حق الخصومة بخلاف الرد بقضاء القَاضِي لما قلنا.

فأمَّا إِذَا كَانَ العيب لَا يحتمل الحدوث فَقَدْ ذُكر فِي عامة روايات المبسـوط

أَنَّـهُ يلزم الوكيل، وَلَا يخاصم الموكل، وذكر فِي كِتَاب البيوع أَنَّهُ يلزم الموكل من خصومة.

وجـه تلك الروايـة(١): أَنَّ الخصمين فعلا عين ما يفعلـه القَاضِي، فَإِذَا تعين المقضي(٢) صَارَ تسـليم الخصم وتسـليم القَاضِي سواء، كتسـليم الشفعة وقضاء الدين، وإنما قلنا هَذَا لِأَنَّ الرد حقٌ متعينٌ فِي هَذَا، وصار كالرجوع فِي الهبة أَيْضاً.

ووجه عامة الروايات: أَنَّ هَذَا ردٌ ثبت بالتراضي فَصَارَ كالبيع الجديد.

وَلَا نسـلم أَنَّهما فعلا عين ما يفعله القَاضِي، لِأَنَّ الحكم الأصلي فِي هَذَا هوَ المطالبة بالسـلامة، وَإِنَّمَا يصار إِلَـى الردّ لضرورة العجز، فَإِذَا نقـلاه إِلَى الرد لَمْ يَصِحَّ فِي حق غيرهما.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الـرد إِذَا امتنـع وجب الرجـوع بحصة العيـب؟ وفيما ذكر من المسائل الحق متعينٌ لَا يحتمل التحول إِلَى غيره.

مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ دَارٌ فَيُقِيمُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ هَذَا الرَّجُلِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الدَّرَاهِمَ؛ وأقام ذَلِكَ الرَّجُل البَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ هَذَا الَّذِي فِي يَدِهِ، وَنَقَدَهُ الدَّرَاهِم. قَالَ: هِيَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ. وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: البَيْعَانِ جَائِزَانِ، وَالأَلْفُ بِالأَلْفِ قِصَاصٌ، وَالدَّارُ لِلمُدَّعِي.

---

(١) فِي ب: الروايات

(٢) فِي ب: الفعل

وجـه قول محمَّـد ﵀ أنَّ الأصل فِي المتعارضين مـن الحجج الجمع، فإن تعذر فالترجيح، ثُمَّ التهاتر.

وهاهنا الجمع ممكنٌ، لأنَّا قَدْ وجدنا دلالة البيعين وَهِيَ البينة، وعلمنا [يقيناً وقطعنا][(١)] أنَّ البيعين [جَمِيْعَاً][(٢)] لَا يوجدان مَعَاً، فَلَا بُدَّ من الترتيب.

وَقَدْ قامت دلالةُ الترتيب، لأنَّا إِذَا بدأنا بِشِـرَاءِ المدعي الخارج لَمْ يَصِحَّ بيعه لعدم القبض عِنْدِي.

وَإِذَا قدمنا شـراء صاحب اليد صـحَّ بيعه لِأَنَّهُ قابضٌ، فـكَانَ الجمع من هَذَا الوجه، وفيه تصحيح العقدين فتعين هَذَا الوجه من الترتيب.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﵄: أنَّ البينتين تعارضتا وَلَا سبيل إِلَى جمعٍ وَلَا ترجيحٍ فوجب إبطالهما، فيبقى فِي يَدِ صاحب اليد مِنْ غَيْرِ حكم.

وَإِنَّمَـا قلنا هَـذَا لِأَنَّ الخصمين اتفقا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يجـر بينهما إِلَّا عقدٌ واحدٌ، والمراد بِـهِ الملك، وَإِنَّمَا يصح[(٣)] إقامة الحجة من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا باعتبار دعوى الملك.

والجمـع بين العقدين لَا يخلو عـن الحرمان فِي الحكم، لِأَنَّ من تقدم عقده لَمْ يثبت لَهُ الملك إِلَّا مستحقاً، فيبقى لَهُ القضاء بالسبب بلا حكم، فَكَانَ باطلاً.

فحصل فِيمَا قَالَ محمَّد ﵀ شيئان: القضاء مِنْ غَيْرِ دعوى، والقضاء بالسبب بلا حكم، واعتبار اتخاذ الحكم أولى من اعتبار تعدد السبب ظاهراً.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: يجب

وقولـهُ: (والألف بالألف قصاص) عقيب قول محمَّد رَحِمَهُ ٱللَّهُ محمولٌ عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، لِأَنَّ البيعين إِذَا لَمْ يثبتا بقي قبض المالين، فيجب عَلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا رد ما قبض إِذَا كَانَ قائماً.

وإِنْ كَانَا هالكين فإِنَّ الأَلْفَينِ تتقاصّان.

وَأَمَّا عند محمَّد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فإِنَّ البيعين ثبتا وثبت قضاء الثمنين، فَلَا تتحقق المقاصة، فإن لَمْ يذكر فِي الشـهادة [نقد الثَّمَن][1] صحت المقاصة عند محمَّد، وَلَا مقاصة عن أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ والله أعلم.

٦٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلَيْنِ اشْـتَرَيَا غُلَامَاً مِنْ رَجُلٍ صَفْقَةً وَاحِدَة، فَغَابَ أَحَدُ الْمُشْتَرِيينِ؛ قَالَ: لِلحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ وَيَدْفَـعَ ثَمَنَهُ. فَلَمَّا حَـضَرَ الغَائِبُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُـذَ النِّصْفَ حَتَّى يَنْقُدَ صَاحِبُهُ ثَمَنَ النِّصْفِ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أَيْضَاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إِنْ شَاءَ نَقَدَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَهُوَ مُتَطَوِّع عَنْ صَاحِبِهِ.

فوجه قول أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ كل وَاحِدٍ من الْمُشْـتَرِيين أَجْنَبِيّ عن نصيب صاحبه، فَلَا سـبيل لَهُ عَلَيْهِ كمـا قلنا فِي حال تفرق الصفقة، وَهَـذَا ظاهرٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مشترٍ بصفقةٍ، فَلَا سبيل لَهُ إِلَّا عَلَى ما اشْتَرَى.

إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ من نقد جميع الثَّمَن، لِأَنَّ حق الحبس ثابتٌ لِلبَائِعِ إِلَى أن يقبض جميع الثَّمَن، فَلَا يَمْلِك الْمُشْتَرِي تغييره وإبطاله.

(١) فِي ب

ووجـه قول أَبِـي حَنِيفَةَ ومحمَّـد رحمهما الله: أنَّ كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَـا مالكٌ للنصف مسـتحقٌ لقبضـه، وَلَا يتوصل إِلَيْهِ إِلَّا بقبض الكل، لِأَنَّ تفريـق يد البَائِع لَا يصح، فَصَارَ للحاضر قبض الكل.

ولمَّـا صحَّ ذَلِكَ صَـارَ بِمَنْزِلَةِ الوكيل عن صاحبـه، وَلَا يتوصل إِلَى ذَلِكَ إِلَّا بـأداء جميع الثَّمَن، فَصَارَ نائبـاً عن صاحبه وكيلاً عَنْهُ حكماً، فَـكَانَ لَهُ أن يحبس النصف عن صاحبه حَتَّى يقبض جميع ثمن نصيبه، كما يحبسه الوكيل بِالشِّرَاءِ.

وَقَدْ جعله أَبُو يُوسُفَ رحمه الله فِيمَا يتبرع عن صاحبه، ويؤدي ثمن نصفه متطوعاً، لِأَنَّهُ لَمْ يجيء[1] لِنَفْسِهِ وَلَا لغيره فَصَارَ متبرعاً.

٦٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله تَعَالَى، قَالَ لَا يَجُوزُ السَّـلَمُ فِي السَّمَكِ الطَّرِيِّ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حِينِهِ ضَرْبَاً مَعْلُومَاً. [وَلَا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي اللَّحْـمِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَإِنَ وَصَفَ مِنْهُ مَوْضِعَـاً مَعْلُومَاً][2]، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: السَّـلَمُ جَائِزٌ فِيهِ إِذَا وَصَفَ مِنْهُ مَوْضِعَـاً مَعْلُومَاً وَصْفَةً مَعْلُومَةً.

أَمَّا السلم فِي السمك المالح يجوز وزناً أَوْ عدداً فِي الصغار المتقاربة فتكون كَذَلِكَ فِي الطري[3] إِذَا كَانَ فِي حينه بلا خلاف، وَإِنَّمَا الاختلاف فِي اللحم.

---

(١) فِي ب: يحل

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: ونحو ذَلِكَ

وجه قولَهُما: إنَّ اللحم وزني، فوجب أن يصح السلم فِيهِ كسائر الوزنيات.

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ مضمون بالمثل وزناً فِـي ضمان العدوان، وأنَّـه يجري فِيهِ ربا الفضل؟ كَذَلِكَ ذكره فِي كِتَاب البيوع.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّهُ مجهولٌ فَلَا يَجُوزُ(١) كالرؤوس والأكارع.

ولبيان هَذَا الوصف وجهان:

أحدهما: جهالة نفعٍ بتفاوت الهزال والسمن، وَذَلِكَ أمرٌ تجري فِيهِ المنازعة أَيْضاً، وَلَا يقطعه إِلَّا العيان.

والثاني: تفاوتٌ يقع باختـلاف العظم، وَذَلِكَ أمرٌ تقع بِهِ المنازعة أَيْضاً، وَلَا يقطعـه إِلَّا العيان، فإِنْ كَانَ مخلوع العظم، فعـن أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ روايتان لاختلاف طريق الجهالة:

عَلَى اعتبار تفاوت العظم يجب أن يصح، وكونه مثلياً باعتبار الوزن لَا يلزم، لِأَنَّ ذَلِـكَ باعتبار العيان، وعَلَى ذَلِـكَ لَا تقع الجهالة، بخلاف الرؤوس والأكارع لِأَنَّهُ لَا دلالة فِيهَا عَلَى المماثلة بحال.

وزاد فِـي هَذَا الْكِتَاب: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عند أَبِـي حَنِيفَةَ ﵀، وَإِنَ وُصف فتحقق بِهِ الاختلاف.

٦٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ تَعَالَى، فِي عبدٍ مـأذونٌ لَهُ فِي التِّجَارَةِ عَلَيْهِ دينٌ كثيرٌ مُسْتَغْرِقٌ بِرَقَبَتِهِ؛ اشْتَرَى ثَوْبَاً بعشرة دَرَاهِمَ ثُمَّ بَاعَهُ

(١) فِي ب: فَصَارَ كالطري

من مَوْلَاهُ بِخَمْسَةِ عَشرَ، بَاعَهُ مَوْلَاهُ مُرَابَحَةً بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ.

٦٨٢- وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَاهُ الْمَوْلَى بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ، ثُمَّ بَاعَهُ مِنْ العَبْدِ بِخَمْسَةِ عَشرَ، بَاعَهُ العَبْد مُرَابَحَةً عَلَى عَشْرَةٍ.

٦٨٣- وَكَذَلِكَ رجلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مُضَارَبَةً، فاشْتَرَى بِهَا الْمُضَارِب ثَوْباً ثُمَّ بَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بخمسة عشر، بَاعَهُ رَبّ الْمَالِ مُرَابَحَةً عَلَى اثْنِي عَشْرَ وَنْصَفٍ.

وأصله أنَّ بيع المرابحة لما كَانَ بيعاً بمثل ثمن الْأَوّل وزيادة، بُني عَلَى الْأَمَانَة ونفي الخيانة حقيقة وشبهة، كما يثبت ذَلِكَ شرعاً فِي باب الربا.

حَتَّى قالوا فِيمَنْ أَخَذَ ثَوْباً صلحاً عن عشرة لَمْ يبعه مُرَابَحَةً عَلَى عشرة لشبهة الحط، بخلاف الشراء.

وهاهنا تمكنت[1] الشبهة لِأَنَّ العقد الَّذِي جرى بين الْمَوْلَى وبين العَبْد صحيحٌ لَهُ شبهة العدم، لِأَنَّهُ عبده، وَإِنَّمَا يصح العقد لمكان الدين مع قيام المانع وَلَا حكم لَهُ، والحاصل للعبد لَا يخل عن حق الْمَوْلَى، فجعل كالمعدوم، وكان العَبْد ببيعه لِلمَوْلَى بالوكالة بناء عَلَى عقد الْمَوْلَى.

وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَاهُ العَبْد أولاً، لِأَنَّ ما أعطاه الْمَوْلَى من الزيادة لَمْ يخرج عن حقه، فَكَأَنَّهُ لَمْ يوجد، واعتُبر الَّذِي زال عنهما فِي الحاصل.

وَأَمَّا الْمُضَارِب فَإِنَّهُ وكيل رَبّ الْمَالِ، وإِنْ كَانَ لَهُ حكم الانفراد وحكم الشَّرِكَة، فَإِذَا كَانَ وكيلاً صَارَ عقده مع رَبّ الْمَالِ بخمسة عشر فِي حق نصف

(١) فِي ب: تثبت

الربح باطلاً، لِأَنَّ ذَلِكَ حق رَبّ الْمَالِ، فأمَّا درهمان ونصف فحق الْمُضَارِب، وَلَا شبهة فِي أصل الثَّمَن.

فَكَذَلِكَ بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى اثني عشر ونصف.

٦٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي العَبْـدِ المَأْذُونِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ عَلَيْهِ دينٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ فَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَغَيَّبَهُ؛ قَالَ: إِنْ شَاءَ الغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا الْمُشْـتَرِي قِيمَتَهُ، وَإِنَ شَاءُوا ضَمَّنُوا البَائِع قِيمَتَهُ، وَإِنَ شَاءُوا أَجَازُوا البَيْعَ وَأَخَذُوا ثَمَنَهُ. فَإِنْ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ وَجَدَ الْمُشْتَرِيُ بِالعَبْدِ عَيْبَـاً فَرَدَّهُ عَلَى البَائِـع كَانَ لِلبَائِعِ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الغُرَمَـاءِ، وَيَأْخُذُ مِنْهُم قِيمَتَهُ، وَيَكُونُ دَيْنَهُم عَلَى العَبْدِ كَمَا كَانَ.

أَمَّا البيع فَقَدْ نفذ، لَكِنَّهُ فاسدٌ إن قبضه الْمُشْتَرِي ملكه لما عُرف فِي المأذون، وَإِنَّمَا وجب الخيار لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا متعدي، البَائِع بِالْبَيْعِ والتسليم، والْمُشْتَرِي بالقبض.

فإن ضمَّنوا البَائِع سـلم لَهُ الثَّمَـن، لِأَنَّ حقهم قَدْ انتقل إِلَى الثَّمَن فلزم البيع، وَإِنَ ضمَّنوا الْمُشْـتَرِي بطل [عَنْهُ][1] الثَّمَن، وَإِنَ أجازوا صحَّ لِأَنَّ البيع يصلح حقاً لهم فيصير الثَّمَن [حقاً][2] لهم.

فإن ضمَّنوا البَائِع قيمته ثُمَّ وجد الْمُشْتَرِي بِهِ عيباً فرده عَلَى البَائِع، قَالَ: يَرْجِع

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

بقيمتــه عَلَــى الغرماء، كالغاصب إِذَا بَـاعَ ثُمَّ ضَمِنَ أَنَّهُ ينفذ البيع حَتَّـى لو رُدَّ عَلَيْهِ بالعيب سـلم لَهُ وكان لَهُ أن يرده عَلَى المغصوب مِنْهُ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَ قيمته سـليماً وَلَـمْ يعلم بالعيب يثبت لَهُ حق الرد بالعيب، لِأَنَّهُ انعقد بينهما حكم البيع، فَكَذَلِكَ هاهنا، وهذه مسألة المأذون.

[بَابُ البَيْعِ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ]

٦٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ بَـاعَ رِطْلَيْنِ مِنْ شَحْمِ البَطْنِ لِرِطْلٍ مِنْ إِلْيَتِهِ؛ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ، وَكَذَلِكَ لو بَاعَ رِطْلَيْنِ مِنْ لَحْمٍ بِرِطْلٍ مِنْ شَحْمِ البَطْنِ فَلَا بَأْسَ بِهِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَإِنَّمَا جَازَ ذَلِكَ لِأَنَّ الشـحم والإلية واللحم من أجناس مختلفة، لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشـاً يصلـح كل وَاحِدٍ مِنْهَا لما لَا يصلح لَهُ الآخر.

وعند اختلاف الصور والمعاني تختلف الأجناس.

٦٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدَينِ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّـهُ بِالْخِيَـارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِـهِ؛ قَالَ: البَيْعُ بَاطِلٌ. وَلَـوْ بَاعَهُمَا بِأَلْفٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ، فَإِنَّ البَيْعَ جَائِزٌ.

والمسألة عَلَى أربعة أوجه:

وجهٌ: أن لَا يعين الَّذِي فِيهِ الخيار، وَلَا يفصل الثَّمَن.

والوجه الثَّانِي: أن يعين الَّذِي فِيهِ الخيار، وَلَا يفصل الثَّمَن.

والثالث: أن لَا يعين الَّذِي فِيهِ الخيار، ويفصل الثَّمَن.

والرابع: أن يعين الَّذِي فِيهِ الخيار، ويفصل الثَّمَن، والكل فاسدٌ إِلَّا الفصل الأخير.

أَمَّا الفصل الْأَوَّل: فلأنَّ المبيع مجهولٌ والثمن مجهولٌ.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الخيار يمنع حكم العقد، وَلَا يمنع وقوع العقد لما عرف فِي موضعه أَنَّهُ لاستثناء الحكم فِي مدة الخيار، فَصَارَ الَّذِي فِيهِ الخيار غير داخلٍ فِي الحكم فبقي الآخر منفرداً فِي الحكم وَهُوَ مجهولٌ وثمنه مجهولٌ، فَصَارَ كبيع أحد العبدين وكبيعٍ بثمن يثبت بطريق الحصة ابتداء.

وإنْ كَانَ الَّذِي فِيهِ الخيار معلوماً والثمن غير مفصل لَمْ يجز، لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الخيار غير داخل فِي الحكم فبقي الآخر منفرداً وثمنه مجهولاً.

لِأَنَّهُ ثبت بطريق الحصة بالتقسيم عَلَى ما لَمْ يدخل تحت حكم العقد، فَصَارَ الَّذِي لَمْ يدخل تحت العقد أصلاً.

وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الثَّمَن مفصلاً، والذي فِيهِ الخيار مجهولاً لما قلنا أَنَّهُ غير داخل فِي الحكم فيصير المبيع مجهولاً.

فأَمَّا إِذَا كانا معلومين فَلَا يفسد من جهة الجهالة، فيبقى تعلق القبول فِي الَّذِي لَا خيار فِيهِ بقبول الآخر، وَذَلِكَ شرطٌ صحيحٌ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الخيار داخل فِي العقد وَإِنْ لَمْ يدخل فِي الحكم، وَإِذا دَخَلَ فِي العقد صَارَ قبوَلَهُ شرطاً صحيحاً بِمَنْزِلَةِ المدبر وأمِّ الْوَلَد، بَلْ هَذَا أحق.

٦٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلاً بِبَيْعِ[١] عَبْدٍ لَهُ فَبَاعَ نِصْفَهُ؛ قَالَ: [هُوَ][٢] جَائِزٌ. وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ البَاقِي.

٦٨٨- وَإِنَ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِي لَهُ دَارَ فُلَانٍ بِعَيْنِهَا فَاشْتَرَاهَا لَهُ نِصْفَاً نِصْفَاً، أَوْ شِقْصَاً شِقْصَاً، حَتَّى اشْتَرَاهَا كُلَّهَا، فَهُوَ جَائِزٌ.

وأصل ذَلِكَ: أنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ يعتبر العموم والإطلاق فِي التوكيل بِالْبَيْعِ، وَفِي التوكيل بِالشِّرَاءِ يعتبر المتعارف الَّذِي لَا ضرر فِيهِ.

وقالا: هُمَا سواء، لِأَنَّ الضرر غير مطلوبٍ بِالْبَيْعِ والشراء، فَلَا يتناوَلَهُ التوكيل بحال، إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئاً لَا يمكن الاحتراز عَنْهُ كالشراء.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الأمر بِالْبَيْعِ يلاقي ملك الآمر، فوجب القول بنفاذه عَلَى الكمال، فأمَّا الأمر بِالشِّرَاءِ، فإنَّما يتناول جانب مال البَائِع، وَلَا ملك لِلْآمِرِ فِيهِ، وَأَمَّا الثَّمَن فتابع فِي الباب فوجب [بِهِ][٣] العمل ضرورة الحاجة إِلَيْهِ، وَذَلِكَ يتأدى بالمتعارف.

ولأنَّ الْوَكَالَة لَا تتناول مواضع التهمة بِالْإِجْمَاعِ، وَقَدْ تدخل التهمة فِي جانب الْمُشْتَرِي[٤] فِي بعض الفصول، فَإِذَا بَاعَ البعض صحَّ عند أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ الأمر مطلقٌ عن الجمع والتفريق.

---

(١) فِي ب: أن يبيع

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

(٤) فِي ب: الشراء

وعندهما لَا يصح، لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي الشائع بمثل حصته عند الجمع، وَلَا يُرغب فِي الباقي، فإن بَاعَ الباقي قبل نَقَضَ البيع صحَّ استحساناً عندهما، لِأَنَّهُ قَدْ يتفق العجز عن البيع جملةً، فيكون التفريق وسيلة إِلَى المراد.

وَكَذَلِكَ الوكيل بِالشِّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى شقصاً شقصاً قَبْلَ أَنْ يرده الموكِّل صحَّ، لِأَنَّ الدار قَدْ تكون مِيرَاثاً فَلَا يتفق الشراء من الورثة إِلَّا شَيْئاً فشَيْئاً فتكون مصلحةً، وَإِنَّمَا يظهر غرض المصلحة من الضرر بعاقبته.

وفتوى أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فِي الغبن الفاحش محمولٌ عَلَى هَذَا الوجه أَيْضاً، بأَنْ يَكُونَ الغرض بِهِ اتخاذ وسيلة إِلَى التِّجَارَة، كما جوزنا الهدية اليسيرة والدعوة اليسيرة من العَبْد المأذون لهذا المعنى.

٦٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَأْمُرُ الرَّجُل أَنْ يَشْتَرِي لَهُ عَبْدَاً بِأَلْفِ دِرْهَم، فَجَاءَ الْمَأْمُورُ وَقَالَ: اشْتَرِيتُ لَكَ عَبْدَاً بِأَلْفِ دِرْهَم وَقَبَضْتُهُ فمَاتَ؛ وَقَالَ الآمِرُ: نَعَمْ، وَإِنَّمَا اشْتَرِيتَهُ لِنفسِكَ، فإِنَّ القَوْلَ قَوْلُ الآمِرِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وهذه المسألة عَلَى أوجه:

وجه مِنْهَا: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مأموراً بِشِرَاءِ شيءٍ بِعَيْنِهِ.

والثاني: أَنْ يَكُونَ مأموراً بِغَيْرِ عينه.

وكل وجهٍ عَلَى وجهين:

إمَّا أَنْ يَكُونَ الثَّمَن مَنْقُوداً، وإمَّا أن لَا يَكُون مَنْقُوداً[1].

وإمَّا أَنْ يَكُونَ الوكيل أخبر عن الشراء والعبد حيٌّ أَوْ هالكٌ.

أَمَّا إذَا كَانَ بِعَيْنِهِ فإن أخبر عن شرائه والعبد قائمٌ قبل موته، مَنْقُوداً كَانَ الثَّمَن أَوْ غير منقودٍ، لِأَنَّهُ أخبر عن أمرٍ يَمْلِك استئنافه فَلَا يصح تكذيبه.

فإن أخبر عن ذَلِكَ والعبد هالكٌ، وَقَالَ: هَلَكَ عِنْدِي بعد الشراء، وأنكره الموكل فإِنْ كَانَ الثَّمَنُ غير منقودٍ لَمْ يقبل قول الوكيل، لِأَنَّهُ أخبر عن أمرٍ لَا يَمْلِك استئنافه وعرضه الرجوع، فَلَا بُدَّ من إقامة الحجة.

وإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُوداً قُبل قول الوكيل مع يمينه لِأَنَّ الثَّمَن كَانَ أمانة فِي يَدِهِ، وَقَدْ ادَّعَى الخروج عن الْأَمَانَة من الوجه الَّذِي أَمَرَ بِهِ، فَصَارَ القول قولَهُ.

وإِنْ كَانَ العَبْد بِغَيْرِ عينه فَإِنْ قَالَ الوكيل: (اشتريت لك عَبْداً بِمَا أَمَرْتَنِي بِهِ وقبضته فَهَلَكَ عِنْدِي) فإِنْ كَانَ الثَّمَنُ غير منقودٍ لَمْ يقبل قولَهُ، وَهِيَ مسألة هَذَا الْكِتَاب لما قلنا.

وإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُوداً قبل قولَهُ لما قلنا، فأَمَّا إِذَا جاء بعبدٍ بِعَيْنِهِ فَقَالَ اشتريته لك بِمَا أَمَرْتَنِي وأنكره الموكل، وَقَالَ: بَلْ هُوَ عبدك، فإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُوداً فإِنَّ القولَ قولُ الوكيل لما قلنا أَنَّهُ أخبر عما سلط عَلَيْهِ، وإِنْ كَانَ الثَّمَنُ غير منقودٍ فإِنَّ القولَ قولُ الآمر عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وعند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله القول قول الوكيل.

---

(١) فِي ب: وإما أن يكون غير منقود

وجه قولَهُما: أَنَّهُ أخبر عما يَمْلِك اسـتئنافه فصح كمـا [قلنا][1] فِي المعين، وَهَذَا لِأَنَّهُ يَمْلِك الشراء للحال.

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الْوَكَالَة لَا تتناول موضع التهمة، وَهَذَا موضع التهمة فَلَا يقبل قولَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ العَبْد فِي يَدِ الوكيل وَهُوَ ملكه بظاهر يده.

فَإِذَا ادَّعَى الشراء بحق الْوَكَالَة حمل عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَلَمَّا لَمْ يوافقه أراد أن يلزم الموكل، وَهَذَا أمرٌ متعارف القول، فوجب العمل بِهِ، وَعَلَى هَذَا الاحتمال لَا يَمْلِك استئنافه وَلَا يلزم إِذَا كَانَ الثَّمَن مَنْقُوداً لأَنَّا صدقناه باعتبار الثَّمَن، وحكم المبيع يتبعه.

٦٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ بِعْنِي هَذَا الغُلَامَ لِفُلَانٍ فَاشْـتَرَاهُ لَهُ، ثُمَّ أَنْكَـرَ أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمَرَهُ، ثُمَّ جَاءَ فُلَانٌ وَقَـالَ أَنَا أَمَرْتُهُ؛ قَالَ: يَأْخُذُهُ فُلَانٌ، لِأَنَّ قولَهُ يَعْنِي لِفُـلَانٍ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالوَكَالَةِ، فَـإِذَا رَجَعَ عَنْهَا لَمْ يُقبـلْ وَوَقَعَ لِلمُوكِّلِ. قَالَ: وَلَوْ قَالَ فُـلَانٌ لَمْ آمُرْكَ بِهِ وَقَدْ اشْتَرَاهُ لَهُ، لَمْ يَكُنْ لِفُلَانٍ إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ لَهُ، فَإِنْ سَلَّمَهُ وَأَخَذَهُ الَّذِي اشتُرِي لَهُ، صَارَ بَيْعاً لِلَّذِي أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَكَانَتْ العُهْدَةُ عَلَيْهِ.

لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَهُ لمَّا جَحَدَ الأمر أول مرةٍ فَقَدْ بطل إقرار المقر.

فَلَمَّـا عاد إِلَى تصديقه عـاد وَلَا إقرار، فَلَمْ يصح ولزم البيع لِلْمُشْـتَرِي، فإن

(١) فِي ب

سلمه إِيَّاهُ، وأخذه المقَّر لَهُ صَارَ بيعاً بالتعاطي، وصار كمن اشْتَرَى شَيْئاً لغيره بِغَيْرِ أمره لزم الْمُشْتَرِي.

فإن طلبه المشترى لَهُ فسلّمه الْمُشْتَرِي إِلَيْهِ وأخذه بِذَلِكَ كَانَ بيعاً بالتعاطي، وثبت بهذا أَنَّ بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء، فَقَدْ ينعقد بالتسليم عَلَى جهة البيع والتمليك، وإِنْ كَانَ أَخَذَ بلا إعطاءٍ لعادة النَّاس، وثبت بِهِ أَنَّ النفيس من الأموال والخسيس فِي بيع التعاطي سواء، (وكانت العهدة عَلَيْهِ) أي للآخذ عَلَى الْمُشْتَرِي لما بينا من البيع بالتعاطي، وَهَذَا كله من الخواص.

٦٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الجَوْزَ أَوْ البَيْضَ أَوْ البَطْيخَ أَوْ الخِيَارَ أَوْ القِثَّاءَ، فَيَكْسِرُهُ فَيَجِدُهُ فَاسِداً؛ قَالَ: إِنْ كَانَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ.

وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيسَ بمالٍ، لِأَنَّ الْمَال ما يصلح لمصالح الآدمي من غيره، فإِنْ كَانَ فَاسِدَاً لَا يُمنع الانتفاع بِهِ لَمْ يرده عندنا، لِأَنَّ الكسر عيبٌ.

وَقَالَ الشافعي رحمه الله: يرده، لِأَنَّ البَائِع قَدْ سلطه عَلَيْهِ.

والجواب[1]: أَنَّهُ إِنَّمَا سلطه بطريق المِلك، فيكون كالثوب يقطع ويرجع بنقصان العيب.

فَإِذَا كَانَ لَا ينتفع بِهِ حَتَّى بطل البيع فأحب البَائِع أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ فَهُوَ أحق بِهِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أراد بِأَنَّهُ لَا ينتفع بِهِ انتفاعاً مقصوداً.

---

(١) فِي ب: وقلنا نحن

فَإِذَا كَانَ قَدْ ينتفع بِهِ فالبائع أحق بِهِ، لِأَنَّ البيع قَدْ بطل، فإن انتفع بِهِ الْمُشْتَرِي أثم وَلَمْ يلزمه غُرم.

فإن وجد البعض من ذَلِكَ فَاسِداً فإِنْ كَانَ ذَلِكَ قليلاً فإنَّ القياس أن يُجعل ذَلِكَ كالخمر والميتة يضم إِلَى الْمَال.

وَفِي الاستحسان يجعل هدراً لِأَنَّهُ قليلٌ لَا عبرة بِهِ فِي العادات.

كَذَلِكَ ذكره مشايخنا وَلَا نَّص فِيهِ وَفِي ذَلِكَ ضرورة أَيْضَاً، لِأَنَّ حمله ذَلِكَ لَا يخلو عن شيءٍ فاسدٍ، فلو بطل لما سلم البيع أَبَدَاً، فأمَّا إِذَا كثر ذَلِكَ فَإِنَّهُ يجعل بِمَنْزِلَةِ الميتة والخمر يضم إِلَى الْمَال عَلَى التفصيل والاختلاف.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: كل شيء يُنسب إِلَى الرطل[1] فَهُوَ وزني مثل الأمناء[2].

وتفسير هَذَا ما يباع بالأواقي[3] فَهُوَ وزنيٌّ، حَتَّى إِذَا بَاعَ كيلاً بكيل سواءً بسواءٍ بطل البيع فِيهِ، لِأَنَّ الأواقي إِنَّمَا قدرت بطريق الوزن، فَصَارَ ذَلِكَ وزناً بخلاف القفزان فِيمَا يكال، لِأَنَّهَا ثبتت كَذَلِكَ اصطلاحاً وإجماعاً بلا وزن، حَتَّى إِذَا بيع وزناً بوزن سواءً بسواءٍ كَانَ باطلاً لِأَنَّهُ مجازفةٌ.

---

(١) الرطل يساوي ٤٠٦,٢٥ غ تقريباً

(٢) المنُّ يساوي ٨١٢,٥ غراماً بحسب فالتر هانس، وذكر المفتي علي جمعة أنها كَذَلِكَ عند الحنفية، وأنها عند الثلاثة تساوي ٧٧٣ غراماً.

(٣) الأوقية ذكرت فِي الحديث النبوي عن سلمة بن عبد الرحمن قَالَ: سألت عَائِشَة رضي الله عنها كم كَانَ صداق رسول الله ﷺ، قالت: كَانَ صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشاً، قالت أتدري ما النش؟ قَالَ لَا، قالت: نصف أوقية، فَذَلِكَ خمسمائة دِرْهَم. مسلم/ ١٤٦٢/.
ومقدار الأوقية أربعون درهماً، فالأوقية عند الحنفية ١٢٤,٨ غراماً، وعند الثلاثة ١١٩ غراماً تقريباً. انظر فالتر هانس والشيخ علي جمعة.

٦٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عُلوٍ لِرَجُلٍ وَسُفْلٍ لِآخَرَ فَسَـقَطَا جَمِيْعَاً، فَبَاعَ صَاحِبُ العُلْوِ بَيْتَهُ؛ قَالَ: لَا يَجُوزُ. وَإِنَّمَا كُنَّا نُجِيزُهُ لِأَجْلِ البِنَاءِ، وَلَوْ وَقَعَ العُلْو وَالسفْلُ قَائِمٌ، فَبَاعَ صَاحِبُ العُلو بَيْتَهُ، فَإِنَّهُ(١) لَا يَجُوزُ.

وَلَمْ يذكره هاهنا.

ووجـه ذَلِـكَ: أَنَّ البيـع إِنَّمَا يقـع عَلَى عين مالٍ هُـوَ متقوم، أَوْ حقٌّ لَهُ شَـبَهٌ بالأعيان.

وهاهنـا لَـمْ يوجد، لِأَنَّ هَذَا حق مراده بالتعلي، فإِنْ كَانَ السـفل سـاقطاً فَلَا يُشـكل أَنَّهُ لَا يشبه الأعيان، فإِنْ كَانَ قائماً فَكَذَلِكَ لِأَنَّ ما يتبع [السفل](٢) دونه لَا محالة.

وَأَمَّا الشـرب فَإِنَّهُ عينُ مالٍ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ بيعه للجهالة حَتَّى إِذَا أتلفه متلف ضمنه، وإِنْ كَانَ بِيع مع الأرض كَانَ قسطاً من الثَّمَن.

كَذَلِكَ قَالَ فِي كِتَاب الشرب فِي رَجُلٍ ادَّعَى شراء أرضٍ بشربها بِأَلْفِ دِرْهَم، فشـهد لَهُ شـاهدٌ بِذَلِكَ وسـكت الآخر عن الشرب أَنَّ الشـهادة باطلةٌ، لأَنَّهما قَدْ اختلفا فِي ثمن الأرض.

وَفِـي بيع الممر روايتـان، فِي رواية يصـح لِأَنَّهُ متعلقٌ برقبة الأرض فأشـبه الأعيان المنقولة.

---

(١) فِي ب: قَالَ

(٢) فِي ب

٦٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى شَيْئاً بِنَسِيئَةٍ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً، وَلَمْ يُبَينْ؛ قَالَ: إِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ عَلَيْهِ، وإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَهْلَكَهُ لَزِمَهُ الثَّمَنُ كُلُّهُ. وإِنْ كَانَ ولَّاه رَجُلاً وَلَمْ يبين أَنَّ الثَّمَنَ نَسِيئَةٌ فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ. فإِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهُ لَزِمَهُ الأَلْفُ حَالّاً.

وأصلــه: أنَّ بيع المرابحة يبتني عَلَى الْأَمَانَة، ويجب الاحتراز فِيهِ عن شبهة الخيانة كحقيقتها، وللأجل شَبَه بالمبيع، لِأَنَّ الثَّمَن يزاد فِيهِ للأجل، فأُلحق بحقيقته.

فَإِذَا منع عن الأجل صَارَ كمن اشْتَرَى شيئين، فمنع أحدهما وأراد بيع الباقي بثمنها مُرَابَحَةً، وَذَلِكَ حرام، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ ذِكْر المرابحة دلالة عَلَى السلامة عن مثله، فَإِذَا ظهر خلافه كَانَ فِي حكم العيب فوجب الخيار.

فإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي استهلك المبيع بوجه بأن بَاعَهُ أَوْ بوجه آخر بطل خياره، فَإِذَا بطل لَمْ يَرْجِع بِشَيْءٍ، لِأَنَّ الأجل لَا حصّة لَهُ من الثَّمَن، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي التولية لِأَنَّهَا بيع ما اشْتَرَى بمثل ما اشْتَرَى فصارت الخيانة فِي مثلها فِي المرابحة، فإِنْ كَانَ استهلكها ثُمَّ علم لَمْ يَرْجِع بِشَيْءٍ[1].

وذكر فِي بعض النسخ ههنا: وَقَالَ برد قيمة العين ويسترد الثَّمَن.

وَإِنَّمَا رُوى هَذَا عنه فِي النوادر، وكان هَذَا وقع فِي الأصل غلطاً من الحواشي،

(١) فِي ب: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِشَيْءٍ.

وَذَلِكَ قياس فِي وجوب القيمة فِي التخالف للنظر والقياس برد ضمان القيمة بحق نفسه.

وكان الفقيه أبو جعفر البلخي ﷺ يختار فِي الفتوى أن يقوَّم المبيع بثمنٍ حالٍّ وبثمنٍ مؤجل، ويرجع الْمُشْتَرِي عَلَى البَائِع بفضل ما بينهما عملاً بعادة النَّاس.

[بَابٌ فِي العُيُوبِ]

٦٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْجَارِيَةِ الَّتِي لَمْ تَحِضْ، الكَبِيرَةِ البَالِغَةِ، وَالمُسْتَحَاضَةِ؛ قَالَ: هَذَا عَيْبٌ فِيهِمَا.

لِأَنَّ العـادة الأصليـة فِي النِّسَـاء الَّتِي هِيَ حال السـلامة أن تحيض فِي أوان الحيـض، وَأَنْ يعاودها ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ دوام، فَإِذَا بلغت حد الحيض وَلَمْ تحض كَانَ ذَلِكَ دلالة داءٍ فِي الباطن.

وَإِنَّمَا يعتبر فِي الباب [أقصى][1] ما ينتهي إِلَيْهِ ابتداء حيض النِّسَاء فِي العادة، وَذَلِكَ سبعة عشر سنة، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي حد بلوغهن.

وَإِذَا استحاضت فدام دمها فَذَلِكَ آية المرض، فوجب الردُّ، وَإِنَّمَا يعرف هَذَا اذَا أشكل، أَوْ وَقَعَتْ فِي ذَلِكَ منازعة بقول الأمة، لَا طريق لمعرفة ذَلِكَ إِلَّا هَذَا.

ثُـمَّ يُسـتحلف البَائِع مع ذَلِكَ إِنْ كَانَ بعد القبض فتُـرد بنكوَلَهُ، وإِنْ كَانَ قبل القبض فَكَذَلِكَ فِي القياس عَلَى ظاهر الجواب فِي البكارة.

وَعَلَى قياس ما روي عن محمَّد ﷺ ترد مِنْ غَيْرِ يمين البَائِع.

قَالَ: وَإِذَا جُنّت وَهِيَ صغيرة فهذا عيبٌ أَبَدَاً.

من مشـايخنا مـن قَالَ معنى هَذَا انَّهُ مَتَى ثبت الجنـون عند البَائِع وجب الرد

---

(١) فِي ب

وَإِنَ لَـمْ يعاود عند الْمُشْـتَرِي، وَهَذَا غلـطٌ، قَدْ نص محمَّـد ﵀ فِي بيوع الأصل وَفِـي الجامع الكبير وغير ذَلِكَ أنَّ الرد لَيْسَ يثبت بعيب الجنون إِلَّا أن يعاوده عند الْمُشْـتَرِي، لِأَنَّ الله تَعَالَى قـادر عَلَى أن يزيله، فَلَمْ يكن مـن ضرورة وجوده يوما معاودته(١).

وَإِنَّمَـا معنى ما قَالَ(٢) فِي الْكِتَاب أَنَّهُ مَتَى جنَّ عند البَائِع مرة، ثُمَّ أصابه ذَلِكَ عند الْمُشْـتَرِي فَهُوَ الأَوَّل(٣)، وَإِنَ تقادم العهد، لِأَنَّ المعاودة دليلٌ عَلَى قيامه لِأَنَّهُ شيءٌ واحدٌ وَهُوَ فسادٌ فِي الباطن.

فَإِذَا جُنَّ عند الْمُشْـتَرِي حُلِّف البَائِع إِذَا أنكر أَنْ يَكُونَ جُنَّ عنده بالله ما جُنَّ عندك: أَوْ ما جُن قبل هَذَا قط، وَكَذَلِكَ شرط الشهادة.

[مطلب: في الإباق والبول على الفراش]

ثُمَّ ذكر مسألة الإباق والبول عَلَى الفراش، أَنَّهُ إِذَا أبق عند البَائِع وَهُوَ صغير، أَوْ بـال فَهُـوَ عيبٌ ما دام صغيراً، وَإِنَ حدث ذَلِكَ مِنْهُ عند الْمُشْـتَرِي بعدما بلغ لَمْ يرده.

وحاصل ذَلِكَ أنَّ البول عَلَى الفراش والإباق والسرقة عيبٌ فِي حال الصغر، لِأَنَّ جنس الصغار يخلو عن ذَلِكَ.

والبـول يدل عَلَى ضعف المثانة، والإباق يخاف مِنْهُ التلف، والسـرقة عيبٌ

---

(١) فِي الأصل: تعاده.

(٢) فِي ب: قول محمّد.

(٣) فِي ب: لِلْأَوَّلِ.

فاحشٌ، لِأَنَّهُ لَا يصلح للخدمة والأمانة، وإِنْ كَانَ عند البَائِع فعل ذَلِكَ وَهُوَ كبيرٌ ثُمَّ فعله عند الْمُشْتَرِي رد بِهِ.

وإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ عند البَائِع وَهُوَ صغير ثُمَّ كَانَ ذَلِكَ [مِنْهُ](1) عند الْمُشْتَرِي فِي كبره، لَمْ يرده بِهِ، بخلاف الجنون، لِأَنَّ هَذِهِ العيوب نوعان: الإباق فِي حال الصغر، والسرقة فِي حال الصغر، مادة الجهل.

وَإِذَا فعل ذَلِكَ بعد البلوغ لداء فِي الباطن، فَكَانَ الثَّانِي غير الْأَوَّل فَلَمْ يجب الرد حَتَّى يثبت الاتحاد، وَذَلِكَ كحمى كَانَتْ عند البَائِع، ثُمَّ أصابته عند الْمُشْتَرِي حمى أُخْرَى بسبب حادث.

٦٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى زَيْتاً، وَهُوَ أَلْفُ رِطْلٍ عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظُرُوفِهِ ثُمَّ يَطْرَحُ بِكُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رِطْلاً؛ قَالَ: هَذَا البَيْعُ فَاسِدٌ. وَلَوْ قَالَ عَلَى أن يطرح بوزن الظرف، فَهُوَ جَائِزٌ.

وَهَذِهِ مِنْ الخواصِّ.

وَإِنَّمَا فسد البيع فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، لِأَنَّ المبيع مجهولٌ من قبل أن وزن كل ظرف قَدْ يكون أقل من خمسين، فيجب تكميله بالزيت، فيخرج عن البيع بعض الزيت لَا ندري مقداره.

وإِنْ كَانَ أكثر من خمسين وجب صرف بعض الظرف إِلَى الزيت، وَذَلِكَ مجهولٌ أَيْضاً.

---

(١) فِي ب

فأمَّا طرح الظرف بوزنه فشرط توجيه العقد، لِأَنَّ الظرف غير مبيع فيخرج بوزنـه، وَإِنَّمَا معنى المسـألة أَنَّهُ بَـاعَ كل رطلٍ مِنْهُ بكذا، وبهذا يسـتقيم وضع المسألة.

٦٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـتَرِي الشَّيْءَ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِنْ الطَّعَامِ فَيَقْبِضُهُ، فَيُسْتَحَقُ بَعْضُهُ؛ قَالَ: لَا يَكُون لَهُ الخِيَارُ فِي رَدِّهِ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبَاً فَلَهُ الخِيَارُ.

ومسألة المكيل والموزون من الخواص.

وَقَدْ سـبق أنَّ رد بعض الطعام الَّذِي فِي وعاءٍ وَاحِدٍ بالعيب لَا يَجُوزُ، فجُعل بِمَنْزِلَةِ عينٍ وَاحِدَة.

وذكـر فِي البيوع اسـتحقاق أحد الثوبين بعد القبض أَنَّـهُ لَا خيار لَهُ فِي الرد، وَإِنَّمَا لَمْ يجب الخيار فِي مسـألتنا لِأَنَّ الشَّـرِكَة فِي المكيل والموزون لَا تعد عيباً لِأَنَّـهُ لَا ضرر فِيهِ، وَهَـذَا بخلاف الرد بالعيب، لِأَنَّ بعض الصُبرة إِذَا كَانَ معيباً كَانَ قسمته وتفريقه موجباً زيادة عيب فِي المعيب، فَصَارَ راداً بعيبٍ حادثٍ.

فأمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ معيباً فَلَيْسَ فِي قسمته ضررٌ وَلَا نقصان.

٦٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي دَارٍ بِيعَتْ وَصَبِيٍ[1]

---

(١) فِي ب: وصبيها

شَـفِيعُهَا، فَسَلَّمَ الْوَصِيُّ الشُفَعَةَ[١]، أَوْ سَلَّمَ[٢] الأَبُ؛ قَالَ: هُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ.

وَهُوَ قول زفر رَحِمَهُ اللَّهُ.

وجـه قول محمَّد وزفر رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أنَّ هَذَا ابطـال لحق الصبي[٣] فَلَا يصح كإعتاق عبده وإبراء غريمه، وَهَذَا لِأَنَّ الشفعة حقٌّ مستحقٌّ لَهُ.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لَا يبطل بسـكوته عن الطلب؟ وَلَيْسَ من ضـرورة أنَّها لَا تتقوم أن يصـح الإبطـال، حَتَّـى أن الأب والوصي لَا يملكان إبطال الجودة فِي مسـائل الصرف، وبسكوتهما لَا يبطل أَيْضاً.

ولأَبِـي حَنِيفَـةَ وأَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أن هَـذَا تركٌ للتجارة فيصـح ممن يَمْلِك التِّجَـارَة، كما لو قَالَ لَهُ رجل: (بعت هَذَا العَبْد لِفُـلَانِ الصبي بكذا) فرده الْوَصِيّ أَنَّهُ يصح.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ حق الشفعة عبارةٌ عن استحقاق الصفقة، وَلَيْسَ بحقٍ قائمٍ يكون التملك من ثمراته، وَلَهُذا لَمْ يورث.

ولمـا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ هَذَا امتناعاً عن التِّجَـارَة، وفيه إبقاء الثَّمَن عَلَى ملكه، [وتملك الدار بمثلِ عَنْهُ سواء][٤].

---

(١) فِي ب: شفعتها

(٢) فِي ب: سلمها

(٣) فِي ب: الصَّغِير

(٤) فِي ب

وَإِذا سكت عن الطلب فعلى هَذَا الاختلاف، ذكره الكرخي، وَهَذَا كله لتحقيق الحرية وخلوص الأحرار.

٦٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَقَبَضَهَا، وَدَفَعَ الأَلْفَ ثُمَّ تَقَايلَا البَيْعَ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ؛ قَالَ: يَتَحَالَفَانِ وَيَترَدَّانِ، وَيَعُودُ البَيْعُ الْأَوَّلُ.

وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ، لأن التحالف إِنَّمَا يثبت فِي البيع بالبينة.

والإقالة فسخٌ فِي حق المتعاقدين، فَلَمْ يتناوَلَهُا النَّص، إِلَّا أَنَّ التحالف فِي باب البيع قبل قبض المبيع ثابتٌ استحساناً بمعنى معقول، وَهُوَ أَنَّ البَائِع يَدَّعِي زيادة فِي الثَّمَن، والْمُشْتَرِي يَدَّعِي حق تسليم المبيع بإزاء ما أَقَرَّ من الثَّمَن فوجب تحليف كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَإِذا تعارضا وتعذر الترجيح وجب الرد إِلَى الأصل وَهَذَا موجودٌ هاهنا، لِأَنَّهُ وضع المسألة أَنَّ البَائِع لَمْ يقبض العَبْد[1] بحكم الإقالة فَصَارَ التحالف معقولاً فوجب القياس.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ قيس عقد الإجارة عَلَى البيع، وقيس الوارث عَلَى العاقد، وقيس قيمة المبيع عَلَى قيام السلعة؟

فأمَّا بعد قبض المبيع فيجب أن لَا يتحالفا فِي الإقالة، ويكون القول قول المنكر عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄ خلافاً لمحمَّد ﵀، لِأَنَّهُ يرى النص معلوماً بعد القبض أَيْضَاً بالاختلاف فِي العقد.

---

(١) فِي ب: لَمْ يقبض المعقود

٦٩٩- وَقَـالَ: عن أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ فِي رَجُلٍا أَسْـلَمَ إِلَى رَجُلٍ [عشرة][(١)] دَرَاهِمَ فِي كُر حنطةٍ ثُمَّ تقايلا [السلم][(٢)] ثُمَّ اختلفا فِي رَأْسِ الْمَال، أنَّ القول قول المسْلّم إِلَيْهِ، وَلَا يعود السلم.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ النَّص الوارد فِي التحالف لَمْ يتناوَلَهُ، وَلَيْسَ فِي معناه لِأَنَّ رَبّ السلم يدّعي فضلاً فِي رَأْسِ الْمَال.

فأمَّا الْمُسْـلِم إِلَيْهِ فَلَا يَدَّعِي شَـيْئاً، لِأَنَّ المسْـلَم فِيهِ سـقط وصار فِي حكم المقبوض للمسلم إِلَيْهِ، وَهُوَ هالك مع ذَلِكَ.

والإقالة فِي السلم لَا تحتمل الفسخ أَيْضاً لما قلنا إنَّ المعقود عَلَيْهِ سقط فَلَا يحتمل العود.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لَا يعود لو[(٣)] كَانَ رأس الْمَال عرضـاً فَرَدَّه بالعيب أَوْ هَلَكَ قبل التسليم؟ فَلَمْ يحتمل الرد إِلَى الأصل.

والفقـه ما قلنا أَنَّـهُ لَمْ تجتمع الدَّعْـوَى من الجانبين، وَلَـمْ يحتمل اختلاف السبب أَيْضاً عند محمَّد، فبطل القياس بِالْإِجْمَاعِ.

٧٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يُكُونُ لَهُ عَلَى رَجُـلٍ الْمَالَ، فَوَكَّلَ وَكِيلاً بِذَلِـكَ الْمَال، فَأَقَامَ الوَكِيلُ بينَـةً عَلَيْهِ، وَقَالَ الَّذِي

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: إن

عَلَيْهِ الْمَال: قَدْ اسْتَوفَاهُ صَاحِبُهُ؛ فَإِنَّهُ يُقَالُ لَهُ ادْفَعْ الْمَالَ إِلَى الوَكِيلِ ثُمَّ اتْبَعْ رَبَّ الْمَالِ فَاسْتَحْلِفهُ.

معنى قولَهُ: (وكله بالمال) أي بقبضه، لِأَنَّ التوكيل بالمال توكيلٌ بحفظه استحساناً، لِأَنَّ كُلَّ تصرف مفتقرٌ إِلَى الحفظ، فَصَارَ متيقناً، ثُمَّ حفْظُ الدَين بالقبض والتقاضي حَتَّى لَا يتولى، والوكيل بالقبض خصم فِي إثبات الْوَكَالَة إِذَا أنكر الَّذِي عَلَيْهِ.

فَإِذَا ثبت ذَلِكَ بالبينة وَأَقَرَّ[1] بِهِ الَّذِي عَلَيْهِ لزمه أداؤه.

فَإِذَا ادَّعَى أنَّ رَبَّ الْمَالِ استوفاه لَمْ يتوجه بِهِ الْيَمِين عَلَى الوكيل لِأَنَّهُ ثابتٌ، وَلَمْ يتأخر قبضه، لِأَنَّ الجمع ممكنٌ، يؤمر هَذَا بالأداء لقيام الحق للحال، ثُمَّ يتبعه فيستحلفه، فَإِنْ حَلَفَ مَضَى، وَإِنْ نَكَلَ أمكنه التدارك بأن يتبع القابض فيسترد ما قبض.

٧٠١- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فطعن بعيبٍ، فوكل وكيلاً فَغَابَ، فَقَالَ البَائِع: قَدْ رضي الْمُشْتَرِي، قَالَ: هَذَا لَا أرده حَتَّى يحضر الْمُشْتَرِي فيحلف.

وَإِنَّمَا فارق هَذَا المسألة الْأُولَى لِأَنَّ ثمة التداركُ ممكن لو وقع الخطأ باسترداد ما قبض الوكيل.

فأمَّا هاهنا فإن التدارك غير ممكنٍ لِأَنَّ القَاضِي لو فسخ البيع ثُمَّ حضر الْمُشْتَرِي فاستحلفه فنكل أمضى الفسخ وَلَمْ يعد العقد بَلْ لَا يستحلف عند أَبِي

(١) فِي ب: أَوْ أَقَرَّ

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ أكثر ما فِي الباب أن ينكل، فَإِذَا نَكَلَ لَمْ يقض عَلَيْهِ [بِشَيْءٍ][1]، لِأَنَّهُ ظهر أنَّ القضاء بالفسخ وقع خطأ لكن لَا سبيل إِلَى رده، لِأَنَّ القضاء بالفسخ نافذٌ فِي الباطن عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا مرد لَهُ.

حَتَّى أنَّ عند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ يجب أن يكونا سواء، لِأَنَّ التدارك ممكنٌ فِي هَذَا، كما فِي مسألة الدين، لأن القضاء عنده لَا يلزم إِذَا ظهر خطأه.

وَأَمَّا عند أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فإِنَّ الْمُشْتَرِي لو كَانَ حاضراً يرده بالعيب وَلَا يستحلف بالله ما رضي، أدعى البَائِع ذَلِكَ أَوْ لَمْ يدع ذَلِكَ نظراً لَهُ.

فَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي غائباً وَقَدْ ادَّعَى البَائِع الرضا أَوْ لَمْ يدع ذَلِكَ فيحتمل أن يرد عنده، كما قَالَ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ، لما قلنا من إمكان التدارك.

والأصح عنده أن يعتبر طريق النظر، فَلَا يرد عَلَيْهِ حَتَّى يحضر الْمُشْتَرِي [فيحلف][2] حَتَّى لَا يتعرض القضاء للرد، وليتحقق النظر.

وقياس هَذَا القول فِي مسألة الدين الَّتِي قبل هَذِهِ أن تؤخر للنظر ايضاً.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

[بَابٌ فِي خِيَارِ الرُؤيَةِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ]

٧٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى طَعَامَاً لَمْ يره. فَوَكَّلَ رَجُلَاً بِقَبْضِهِ فَقَبَضَهُ؛ قَالَ: لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ. فَإِنْ أَرْسَلَ رَسُولاً لِيَقْبِضَهُ فَقَبَضَهُ، ثُمَّ رآه الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَرْضَهُ، فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: الوَكِيلُ وَالرَّسُولُ سَوَاءٌ. ولِلْمُشْتَرِي إِذَا رَآهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِنْ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ.

والمسألة: أنَّ الوكيل بالقبض هل يَمْلِك إسقاط[1] خيار الرؤية؟ وَإِنَّمَا يَمْلِك إبطاله عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ بأن يقبضه وَهُوَ ينظر إِلَيْهِ.

فأمَّا إِذَا قبضه مستوراً ثُمَّ أراد بعدما نظر إِلَيْهِ إبطال الخيار قصداً، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

كَذَلِكَ قَالَ عامة مشايخنا.

وجه قولَهُما: أنَّ التوكيل بالشيء لَا يتعدى إِلَى غيره، وإبطال الخيار لَيْسَ من القبض.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يبطل خيار الشرط وَلَا خيار العيب، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يبطله قصداً؟

---

(١) ف ب: إبطال

ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ التوكيل بالشـيء توكيـلٌ بإتمامه، كالتوكيل بالخصومة فِـي الدين يَمْلِك قبضه لما قلنا، وهاهنا إتمام القبـض بإبطال خيار الرؤية، لِأَنَّهُ لَا يمنع تمام القبض.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِك التفريق بعد القبض كأنَّه غير مقبوض؟ ولما كَانَ كَذَلِكَ ملـك القبض التام والناقص جَمِيْعَاً، فَإِذَا قبضه وَهُـوَ ينظر إِلَيْهِ صلح القبض دلالة [عَلَى][1] الرضا، والحال حال الرضا، لِأَنَّهُ حال النظر فبطل بِهِ الخيار مُقتضياً تمام القبض كما لو قبضه الموكل وَهُوَ ينظر إِلَيْهِ.

وَلَهَـذا قلنا أَنَّهُ لَا يَمْلِـك إبطاله قصداً لِأَنَّهُ لَمْ يفوض إِلَيْـهِ، وَإِنَّمَا فوض إِلَيْهِ القبـض، فوجب أن يَمْلِك القبض، وَهُـوَ أَنْ يَكُونَ بطلان الخيـار قائماً بِهِ تحقيقاً للامتثال، وَأَنْ لَا يتعدى عما لزمه[2] بِهِ.

فأمَّا خيار العيب فَلَا يمنع تمام القبض، وباقتضاء الدين[3] كَانَ يبطل الخيار، وَقَدْ عدم، وَلَا نص فِي خيار الشـرط، فيجوز أن لَا يسـلم، والصحيح أَنَّهُ يسـلم، والفرق أنَّ خيار الشرط لَا يحتمل البطلان مقتضياً تمام القبض.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الْمُشْـتَرِي لو قبض بِنَفْسِـهِ لَمْ يبطل خياره؟ وَهَذَا لِأَنَّهُ مشـروعٌ للاختيار.

والقبض وسيلةٌ إِلَى الاختيار فَلَمْ يصلح دلالة الرضا، فلو أبطله لأبطله قصداً، فيصير متعدياً عما أَمَرَ بِهِ، وَذَلِكَ باطلٌ.

---

(١) الزيادة مني

(٢) فِي ب: أمره

(٣) فِي ب: التمام

فأمَّـا ههنا فالخيار ثبت بخللٍ فِي الرضـا فصلح القبض دلالة الرضا، فصلح مقتضيـاً إبطال الخيار، فَصَـارَ قائماً بِهِ. [فَصَـارَ مالكاً قبضاً تامـاً لَا إبطال الخيار قصـداً][(١)]. فَصَـارَ إِلَيْهِ إتمامه فأمَّا الوكيل فمالك للقبـض وَإِنَّمَا ينقل إِلَى الموكل حكم قبضه فَكَانَ إِلَيْهِ إتمامه[(٢)].

[وَأَمَّـا الرسـول فنائب فِي نفس القبض، فانتسـب إِلَى المرسـل فَصَـارَ إِلَيْهِ إتمامـه، فأمَّـا الوكيل فمالك للقبض، وَإِنَّمَا ينتقل إِلَى المـوكِّل حكم قبضه، فَكَانَ إِلَيْهِ إتمامه][(٣)].

وقولَهُ فِي الْكِتَاب: (إِلَّا من عيب) يحتمل إِلَّا من عيب لَمْ يعلمه الوكيل، فإِنْ كَانَ علمه يجب أن يبطل خيار العيب، كَذَلِكَ ذكر الفقيه أبو جعفر وَلَمْ يذكر مسألة خيار العيب.

والصـواب عندنـا: أن لَا يَمْلِك الوكيل بالقبض إبطـال خيار العيب، فيكون معناه عَلِم أَوْ لَمْ يعلم.

وَقَالَ قبل هَذَا الفصل:

٧٠٣- عـن أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ فِي الرَّجُلِ قَـالَ: أَبِيعَكَ هَـذِهِ الجَارِيَةَ بِأَلْفِ مِثْقَالٍ فِضةٍ وَذَهَبٍ جَيِّدٍ أَنَّ ذَلِكَ نِصْفَانِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ.

أَمَّـا قولَهُ: (أبيعـك) فَلَيْسَ بإيجاب لَكِنَّـهُ من باب المسـاومة، وَإِنَّمَا وجب

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: هَذِهِ الجملة بهذا النظم غير موجودة

(٣) فِي ب

التنصيف وَلَمْ يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل، وَلَمْ يترجح الْفِضَّة لكونه غالباً فِي المبايعات، لِأَنَّ هذين الْوَجْهَيْنِ لما تعارضا وجب المصير إِلَى قضية الإضافة، وَذَلِكَ يوجب الشَّرِكَة عَلَى السواء.

وصفة الجودة راجعة إليهما، لِأَنَّهُ جَعَلَ نعتاً للمثقال، ثُمَّ أُضيف بنعته وعدده إِلَى النوعين جمعاً وَهَذَا تحقيقه.

٧٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى عَبْدَاً فَبَاعَهُ فَوَجَدَ الْمُشْتَرِي الآخَرُ بِهِ عَيْبَاً؛ فَاخْتَصَمَ فِيهِ الْمُشْتَرِي الآخَرُ وَالبَائِعَ الآخَرَ إِلَى القَاضِي فَرَدَّهُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارٍ مِنْهُ أَوْ بِإِباءِ يَمِينٍ، هَلْ بَيْنَهُ وَبَينَ البَائِعِ الْأَوَّلِ خُصُومَةٌ؟ قَالَ: نَعَمْ.

أَمَّا إِذَا ردهٌ عَلَيْهِ بالبينة فَقَدْ انفسخ البيع الثَّانِي، وصار كَانَ لَمْ يَكُنْ، فملك خصومته، والبيع الْأَوَّل كَانَ قائماً بِنَفْسِهِ فَلَمْ ينفسخ بفسخ الثَّانِي، بخلاف مسألة الوكيل يرد عَلَيْهِ بالبينة، وَإِنَ رد عَلَيْهِ بالنكول فَقَدْ انفسخ أَيْضَاً بحكم القَاضِي، فملك الخصومة، وَكَذَلِكَ بإقراره إِذَا فسخه القَاضِي.

أَمَّا فِي العيب القديم فَلَا يُشكل، وفيما يحتمل الحدوث كَذَلِكَ، لِأَنَّ العقد قَدْ انفسخ فزال المانع، فَإِذَا رد عَلَيْهِ بإقراره مِنْ غَيْرِ قضاءٍ، فإِنْ كَانَ [العيب][1] مِمَّا يحدث كَانَ إقالةً وَلَا يخاصِم الْأَوَّل كأنه اشْتَرَاهُ، وإِنْ كَانَ عيباً قديماً فَكَذَلِكَ فِي عامة الروايات.

---

(١) فِي ب

وَعَلَـى [قياس][(١)] ما ذكر فِي بعض روايات البيــوع لَهُ حق الخصومة، وَقَدْ مر هَذَا فِي فصل الوكيل.

وَقَدْ نص هاهنا فِي النوادر مِنْهُمَا [قديم وحديث][(٢)] والعيب قديمٌ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الإقالة.

وَهَذَا الفصل الآخر من الخواص.

٧٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَــةَ ﷺ تَعَالَى، فِي جِـلْدِ المَيتَةِ إِذَا دُبِغَ وَعِظَامُهَــا وَعَصَبُهَا وَعَقِبُهَا وَصُوفُهَا وَشَــعْرُهَا وَوَبَرُهَــا وَقَرْنُهَا؛ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالانْتِفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ، وَبَيْعُهُ جَائِزٌ.

أَمَّا جلد الميتة فَإِنَّهُ يطهر بالدباغ وينتفع بِهِ، ويجوز بيعه عندنا.

وَقَالَ بعضهم: لَا يطهر.

وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِمَا روي عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ وَلَا عَصَبٍ)[(٣)]، وَلِأَنَّهُ جزءٌ من الميتة فَلَا يطهر بالمعالجة كاللحم.

وَاحْتَــجَّ أصحابنا بِمَا روي عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ مرّ بشــاةٍ ميتــةٍ فَقَالَ: لمَنْ هِيَ؟ فقيــل: لميمونة، فَقَالَ: (هــلا انتفعتم بإهابها؟) فقيل: إنَّها ميتــةٌ فَقَالَ: (أيما إهابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ)[(٤)].

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) رواه أبو داود برقم/ ٤١٣٠/ وابن ماجه برقم/ ٣٦١٣/ ، والترمذي برقم/ ١٧٢٩/ ، وأحمد برقم/ ١٨٨٠٢/ ، وابن حبان برقم/ ١٢٧٨/ .

(٤) رواه الترمذي برقم/ ١٧٢٨/ وَقَالَ حســن صحيح، وابن ماجه برقم/ ٣٦٠٩/ ، والنسائي برقم/ ٤٢٤١/ ، وأحمد برقم/ ١٨٩٥/ ، والدارمي برقم/ ١٩٨٥/ ، وغيرهم.

وَفِي رواية: (إِنَّمَا حَرُم مِنَ الْمَيْتَةِ الأكلُ)، وَلِأَنَّهُ يطهر بالذكاة [بِالْإِجْمَاعِ][1].

والدبـاغ مثله لِأَنَّهُ يزيل عَنْهُ الدماء والرطوبـات، وَإِنَّمَا حرم الانتفاع بِهِ لغلبة الحرام كودك[2] الميتـة يغلب الزيت، فَإِذَا زال بالدباغ وجب القول بالطهارة، وَلَا حجـة فِي الحديث لِأَنَّ الإهاب اسـم لما لَمْ يدبغ، وَأَمَّا العظام وسـائرها فطاهرة عندنا ينتفع بِهَا.

وَقَالَ الشـافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ نجسـةٌ لَا يُنتفع بِهَا لقولهُ ﷺ: (لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ وَلَا عَصَبٍ)[3]، وَلِأَنَّهُ جزءٌ من الميتة.

ولأصحابنا قولـهُ تَعَالَـى: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا وَمَتَاعًا إِلَىٰ حِينٍ﴾ [النحل: ٨٠]، وَلَمْ يفصل، ولأنَّ الشعر والوبر والصوف لَا حياة لَهَا فَلَا يؤثر فِيهَا الموت.

أَلَا تَـرَى أَنَّها إِذَا فصلت حال حياتها لَمْ تحـرم؟ مع قول النَّبي ﷺ: (مَا أُبينَ مِنَ الحيِّ فهوَ مَيِّتٌ)[4].

أَلَا تَرَى أَنَّ السنام والإلية إِذَا أبين شيءٌ مِنْهُ من الحي كَانَ حراماً؟

وألا ترى أَنَّهُ لَا ألم فِي إزالته؟

فأمَّا العصـب والعقب والعظم فَإِنَّهَـا طاهرةٌ، بدلالة جلد الميتـة إِذَا دبغ أَنَّهُ

(١) فِي ب

(٢) الودك: اللحم والشحم، وودك الميتة: ما يسيل من دسم الشحم واللحم.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) لفـظ الحديث (ما قطـعَ منَ البهيمةِ وهيَ حيّـةٌ فهوَ ميتةٌ) رواه أبـو داود برقم/ ٢٨٥٨/ ، والترمذي برقم/ ١٤٨٠/ وأحمد برقم/ ٢١٩٥٣/ ، والحاكم برقم/ ٧٥٩٧/ وَقَالَ صحيح عَلَى شرط البخاري، وغيرهم.

يطهر بلا خلافٍ بيننا لزوال الدسـومات والرطوبـات، فتعدى حكم ذَلِكَ إِلَى هَذِهِ الجملة لصفوتها عن هَذِهِ الأنجاس.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

٧٠٦- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي شَـعْرِ الخِنْزِيرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلَا يَجُوزُ الانْتِفَاعُ بِهِ لِلخَرَّازِينَ مَنْ يَخْرُزُونَ بِهِ.

أَمَّـا للانتفاع بِهِ فجائزٌ للضـرورة لِأَنَّ ذَلِكَ العمل لَا يتأتـي بغيره، والانتفاع بلحمه جائزٌ عند الضرورة، والشعر أحق مِنْهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ شعر الميتة أجف من لحمها.

قَالَ: ولَا يَجُوزُ بيعه، وَهَذَا بالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الضرورة هِيَ الأصل فِي هَذَا البَابِ، وَلَا ضرورة فِي هَذَا لِأَنَّهُ يوجد مباحاً غالباً.

وَقَـالَ مُحَمَّـدٌ ﵀: إِذَا وقع ذَلِكَ فِي الماء لَمْ يتنجـس لِأَنَّ حل الانتفاع يدل عَلَى الطهارة.

وعَـنْ أَبِـي يُوسُـفَ ﵀: أَنَّ الماء يتنجـس لِأَنَّهُ نجـس العيـن إِلَّا فِي حالة الضرورة، وَلَا ضرورة فِي هَذَا.

[مطلب: في جلد الكلب يطهر بالدباغ]

وَأَمَّا جلد الكلب فيطهر بالدباغ عندنا.

وَقَالَ الشافعي ﵀: لَا يطهر لِأَنَّهُ نجس العين، فَلَا يطهر جلده بالدباغ كالخنزير.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ سؤره نجس وبدنه نجس لو أصاب الماء بدنه ثُمَّ أصاب ثَوْبَاً كَانَ نجساً بِالْإِجْمَاعِ، بخلاف سائر السباع عِنْدِي.

وَاحْتَـجَّ أصحابنـا بالأحاديث العامة فِي دبـاغ الجلود، وَلِأَنَّـهُ حيوانٌ ينتفع بِـهِ، فيطهر جلده بالدباغ كالفهد والحمار، وَلَـوْ كَانَ نجس العين لحرم الانتفاع بِهِ كالخنزير، فأمَّا النجاسة فإنَّما تثبت بطريق المجاورة لكونه غير مأكول.

والسـباع كلاب كلها مثل الثعلب والأسـد والضبع بَلْ الكلب أحق بهذا[١]، لِأَنَّهُ أقرب إلينا وأعظم منفعة.

وَأَمَّا الخنزير: فَقَدْ روي عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: يطهر جلده بالدباغ[٢].

ثُمَّ الجواب ما قلنا أَنَّهُ نجس العين، وَقَدْ قيل أَنَّهُ لَا يحتمل الدباغ لِأَنَّ شـعره غليظٌ وينبت من لحمه.

وَمَـا طهـر بالدباغ طهر بالذبـح، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ مأكولاً كجلـد الحمار والبغل والسباع كلها، وَكَذَلِكَ لحمه وَإِنَ لَمْ تؤكل.

وَقَـالَ الشـافعي ﷺ: لَا يطهر، لِأَنَّـهُ ذبحٌ لَا يفيد حلاً، فَـلَا يفيد طهراً كذبح الخنزير.

ولأصحابنا: أنَّ الدباغ فِي أصله جَعَلَ خلفاً عن الذكاة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ جلـد الشـاة إِذَا كَانَتْ ذكيـة كَانَ طاهراً، فَإِذَا مَاتَـت ودبغ صَارَ طاهراً؟ وفيه معنى الحلاقة لِأَنَّ الدبغ يمنع حلول الدم والرطوبات والأنجاس بِهِ، والدباغ يزيل بعد الحلول.

فَإِذَا كَانَ الدباغ يفيد الطهارة فالذبح أولى، وَلَا عبرة لحرمة الأكل، فإنَّ ذَلِكَ

(١) فِي ب: أخفها لمخالطته إياناً.

(٢) فِي أ: بالذكاة.

يجوز أن ينفرد عن معنى النجاسة فيكون حراماً لمعنىً آخر غير النجاسة وَهُوَ فسادٌ فِي طبيعة المأكول فَلَمْ يزل التحريم بالشك.

٧٠٧- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي شُعُورِ الإِنْسَانِ: لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا الانْتَفَاعُ بِهَا.

أَمَّا البيع: فلأنَّه جزءٌ من الآدمي، والآدمي بأجزائه لَيْسَ بمالٍ فِي الأصل إِلَّا فِيمَا حلّه الرق، وَلَا رق فِيمَا لَا حياة لَهُ.

وَأَمَّا الانتفاع بِهِ: فَلَا يحل لما روي عن النَّبي ﷺأَنَّهُ قَالَ: (لَعَنَ اللهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَة)(١) وَهِيَ الَّتِي تصل شعر غيرها بنفسها تتزين بِهِ.

ولما قلنا إنَّ الآدمي مالكٌ غير مبتذل فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شيء مِنْهُ مَمْلُوكَاً مبتذلاً بدون الرق، وَإِنَّمَا جاءت الرخصة فِي القراميل وَهِيَ ما يتخذ من الوبر ويزاد فِي قرون النِّسَاء وذوائبهن.

وَقَالَ أصحابنا: إنَّ شعر الإنسان طاهرٌ وَهُوَ الصحيح عندنا.

وَقَالَ الشافعي ﷺ: هُوَ نجسٌ، وَاحْتَجَّ بحرمة الانتفاع.

وَاحْتَجَّ أصحابنا بالضرورة فِي الاحتراز عن تناثر الشعور، ولأنَّ شعر غير الإنسان(٢) لَا ينجس بالمزايلة فشعر الإنسان أولى وَهُوَ أطهر [وأطيب](٣)،

---

(١) متفق عَلَيْهِ، رواه البخاري برقم/ ٥٥٩٠/ ، ومسلم برقم/ ٥٦٨٧/ ، وغيرهما من أصحاب السنن.

(٢) فِي ب: الآدمي

(٣) فِي ب

والميت أولى لِأَنَّهُ لَا حياة فِيهِ عَلَى ما قلنا، فأمَّا الانتفاع بِهِ: فإنَّما حرم لشرفه لَا لخبثه بخلاف الخنزير.

٧٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى طَعَامَاً فَقَبَضَهُ بِغَيْرِ كَيلٍ ثُمَّ بَاعَهُ ثُمَّ تَصَادَقَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّل وَالآخَرُ عَلَى ذَلِكَ؛ قَالَ: البَيْعُ الثَّانِي بَاطِلٌ.

وَقَدْ تقدم تفسير شرط الكيل من قبل.

وقولَهُ: (تصادقا عَلَيْهِ) من خواص هذ الْكِتَاب.

وتفسيره: تصادقا عَلَى أنَّ البيع كَانَ بهذا الشرط، وأنه لَمْ يوجد الكيل حَتَّى فسد البيع باتفاقهما، ويحتمل تصادقا عَلَى أَنَّهُ عَلَى ما شُرط من الكيل، وَإِنَ ذَلِكَ لَا يفيد الجواز، لِأَنَّهُ إِذَا كيل احتمل الزيادة والنقصان لِأَنَّ الكيل اجتهادٌ، والاجتهاد يحتمل التفاوت، ويحتمل الخطأ.

ودلَّ هَذَا على أنَّهما [إِذَا][1] لَمْ يتصادقا لَمْ يفسد البيع، وَذَلِكَ أن يَدَّعِي أحدهما أنَّ البيع كَانَ بشرط الكيل، وأنكر الآخر، فإنَّ القول قول من يُنكره وَلِأَنَّهُ أنكر شرطاً زائداً، وأنكر الفساد مع ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إن تصادقا أَنَّهُ عقد بشرط الكيل، ثُمَّ قَالَ أحدهما كَانَ القبض بالكيل والآخر قَالَ بَلْ بِغَيْرِ كيلٍ، فإنَّ القول قول من يَدَّعِي الكيل أَيْضاً لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصحة وَهُوَ الظاهر من حالهما.

ثُمَّ ذكر مسألة الذرع وَقَدْ مرت.

---

(١) من ب

٧٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى دَاراً فَبَاعَهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ.

لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نهى عن بيع ما لَمْ يقبض فِي حديث عتاب بن أسيد.

وَقَالَ النَّبي ﷺ لحكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (إِذَا بِعْتَ بَيْعًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ)[1]، وَهَـذَا حديثٌ عامٌ لَمْ يلحقه خصوص فَلَا يصح تخصيصه بالقياس، وَلِأَنَّهُ مبيعٌ لَمْ يقبض فَلَا يصح بيعه كالمنقول، وَهَذَا لِأَنَّ البيع لَمْ يشـرع إِلَّا بشـرط القدرة عَلَى التسليم، وَذَلِكَ بِالْيَدِ يكون.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أنَّ أسـباب السـلامة فِي العقار قبل القبض غالبة، فكَانَ محلاً للبيع كالمنقول بعد القبض.

بيانـه ظاهر لِأَنَّ العقار لَا يهلك إِلَّا نادراً لِأَنَّهُ لَا يمكن تغييبه ليصير فِي حكم الهـلاك، وَإِنَّمَـا يثبت لَهُ صفـة الهلاك إِذَا صَارَ بحـراً، وَذَلِكَ أبعد من اسـتحقاق المنقول بعد القبض.

فأمَّـا الحديـث الْأَوَّل: فعامٌ لحِقه الخصـوص لِأَنَّ بيع المهـر وبدل الخلع والصلح عـن دم العمد جائزٌ بلا خلاف بين أصحابنـا، وبيع الميراث قبل القبض جائـزٌ عند الشـافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضاً، وَهُوَ قولنا فيجوز أن يُخـص بالقياس فيحمل عَلَى المنقول المبيع.

(١) رواه ابن أبي شـيبة برقم/ ٢١٧٤٨/، وابن حبان برقم/ ٤٩٨٣/، ولكن بلفظ (بيعاً) بدل (شَيْئاً).

وَأَمَّا الحديث الآخر: فَقَدْ لحقه الخصوص لِأَنَّ الاستبدال بالثمن قبل القبض جائزٌ بالنَّص. وَذَلِكَ خصوصٌ لَهُ، فيصح تخصيصه بالقياس.

٧١٠- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: فِي غصب أمّ الْوَلَد إِذَا مَاتَت عند الغاصب أَنَّهُ لَا يضمن، وَقَالَ فِي المدبر: أَنَّهُ يضمن.

وَقَدْ سبق ذَلِكَ، وَذَلِكَ من الخواص.

٧١١- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: فِيمَنْ بَاعَ أمَّ ولده أَوْ مدبرةً لَهُ، فمَاتَتا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يضمن قيمتها فِي الغصب والبيع.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ أَيْضاً.

ونظير ذَلِكَ [كله][1] فِي السير الكبير: رجلٌ بَاعَ عَبْدَاً مِنْ رَجُلٍ بميتة وقبضه الْمُشْتَرِي، فَهَلَكَ عنده أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وجه قولَهُما: أنَّ هَذَا مقبوضٌ بجهة البيع فَصَارَ مضموناً كسائر الأموال.

وَهَذَا لِأَنَّ المدبر مالٌ متقومٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَكَذَلِكَ أُمُّ الْوَلَد، وهما يدخلان فِي البيع حَتَّى صحَّ البيع فِيمَا ضُم إليهما.

وَإِنَّمَا لَا يثبت حكم البيع فيهما صيانة لحقهما، وَلَا صيانة فِي دَفَعَ الضمان، وَكَذَلِكَ المقبوض بالميتة مقبوض بجهة البيع، وعدم البدل لَا يعدم الجهة، وَذَلِكَ كاف للضمان.

---

(١) فِي ب

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أن مَا لَا يدخل تحت حكم البيع لَا يَكُون مضموناً بِالْبَيْـعِ كالمكاتب، وَهَذَا لِأَنَّ أَمَّ الْوَلَد لَا تدخل تحـت حكم البيع وَكَذَلِكَ المدبر عندنا، وَإِنَّمَا ثبت الدُّخُول فِيمَا ضم إِلَيْهِ، فأَمَّا فِي حق نفسه فَلَا.

وَذَلِكَ كمَالِ الْمُشْتَرِي لَا يدخل تحت حكم عقده إِذَا انفرد، وَإِنَّمَا يثبت حكم الدُّخُول فِيمَا ضُم إِلَيْهِ.

وضمـان البيع إِنَّمَا شـرع مقابلاً بالملـك فِي الأصل من قبـل أَنَّ البيع عقد معاوضة، وَلَا فساد إِلَّا من قبل الثَّمَن، فَإِذَا ثبت وجب الضمان تحقيقاً للمعاوضة، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ الأصل محتملاً كَانَ القول بالضمان هدراً مع وجود الإذن فِي القبض.

وَكَذَلِـكَ البيع بالميتة لَا حكم لَهُ بحال، وَلَيْسَ بجهـة لغيره أَيْضاً، وَأَمَّا جهة البيع فملحقةٌ بالحقيقة فِيمَا يحتمل حكم الحقيقة خلفاً عن ذَلِكَ.

٧١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْـتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِيهَـا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ؛ قَالَ: الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْط جَائِزٌ. فَإِنْ اخْتَارَ الْبَيْعَ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ أَوْ مَاتَتْ فِي الثَّلَاثَةِ أَوْ مَضَتْ قَبْلَ أَنْ يَقُولَ شَيْئاً فَالْبَيْعُ لَازِمٌ.

وأصله حديث حَبَّانُ بْنُ مُنْقِذٍ الْأَنْصَارِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ كَبِيرَ السِّـنِّ؛ وَكَانَ يُغْبَنُ فِـي الْبِيَاعَاتِ، فَطَلَبَ أَهلُهُ مِنْ رَسُـولِ اللهِ ﷺ أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْـهِ، فَأَبَى وَقَالَ لَهُ: (إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ)[1].

---

(١) الحديث بتمامه: (عنِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قالَ كانَ حبّانُ بنُ منقذٍ رَجُلاً ضعيفا وكانَ قدْ سفعَ فِي رأسِهِ مأمومةٌ فجعلَ رسولُ اللهِ ﷺ لهُ الخيارَ فِيمَا اشْتَرَى ثلاثا وكانَ قدْ ثقلَ لسانهُ فقالَ لهُ =

فثبت بهذا النَّص جواز البيع وصحة الشرط.

ولما كَانَ الخيار يفيـد النظر ويتمم أغراض التِّجَارَة صَارَ من البيع من طريق المعنى وَإِنَ فارقه ظاهراً.

٧١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَرْطِ الْخِيَارِ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ، فَإِنْ اخْتَارَ الْبَيْعَ فِي الثَّلَاثَةِ الأَيَّامِ فَالبَيْعُ جَائِزٌ لَازِمٌ، وَالبَائِعُ فِي ذَلِكَ مِثْلَ الْمُشْتَرِي. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: الْخِيَارُ [فِي][1] أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ وَعَشَرَةِ أَيَّامٍ وَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ جَائِزٌ.

واحتجا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أَنَّهُ شَـرَطَ الخيار شَهْرَيْنِ، ولأَنَّ الخيار للنظر، والنَّاس يتفاوتون فِي الحاجة إِلَى المدة، فوجب أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مفوضاً إِلَى رأيهم.

فأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله فَإِنَّهُ احتج فِي المسألة بأَنَّ شرط الخيار غير ملائمٍ فِي القياس لما فِيهِ من تعلق حكم العقد بسقوطه، وَإِنَّمَا جُوِّز نظراً، والثلاثة الأيام لإيلاء العذر مدة تامة تصلح لاستيفاء النظر، ودفع الغبن، بَلْ هُوَ المتناهي إذ لَا نهاية لما وراءها.

فأَمَّـا إِذَا زيدت المدة عَلَيْهَـا ازداد الحظر مع قلة الحاجة إِلَـى النَّظر، وَذَلِكَ يخالف النَّص فَلَمْ يكن تعدية لحكمه.

= رسـولُ اللهِ ﷺ «بعْ وقلْ لَا خلابةَ». فكنتُ أسـمعهُ يقولُ لَا خذابةَ لَا خذابةَ وكانَ يَشْـتَرِي الشَّـيءَ فيجيءُ بِهِ أهلهُ فيقولونَ هَذَا غالٍ فيقولُ إنَّ رسـولَ اللهِ ﷺ خيّرني فِي بيعي) رواه البيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١٠٧٦٤/، والدارقطني برقم/ ٢١٧/.

(١) فِي ب

فـإن أبطل صاحـب الخيار خياره، فـإِنْ كَانَ ذَلِكَ قبل انقضـاء الثَّلَاث صحَّ العقد ولزم، وإلا فَهُوَ فاسـدٌ، لِأَنَّ المفسد اتصال الْيَوْم الرابع بهذه المدة، فَإِذَا قطع ذَلِكَ صحَّ العقد وجعل كَانَ الخيار لَمْ يَكُنْ مشروطاً إِلَّا إِلَى وقت الإبطال.

فإن مَضَى شيء من الْيَوْم الرابع ثُمَّ أبطله لَمْ يجز، لِأَنَّ المفسد قَدْ استقر ههنا ووقع الشرط.

٧١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهُ إن لَمْ ينقده الثَّمَن إِلَى ثَلَاثَة أيامٍ فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا؛ البَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ جَائِزٌ.

٧١٥- وَلَـوْ قَـالَ عَلَى أَنَّهُ إن لَمْ يَنْقُـدْ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّـامٍ أَوْ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَـينَ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا، فَالبَيْعُ فَاسِـدٌ، فَـإِنْ نَقَدَهُ الثَّمَنَ فِي الثَّلَاثَةِ الأَيَّامِ فالبَيْعُ جَائِزٌ لَازِمٌ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: البَيْعُ جَائِزٌ إِنْ شَرَطَ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ أَوْ عَشْرَةَ أَيَّامٍ كَمَا يَجُوزُ إِذَا شَرَطَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وأصـل هَذَا البيع فِي القياس باطلٌ، لِأَنَّهُ شَـرطَ فِيهِ إقالةً فاسـدةً، وَهِيَ إقالةٌ معلقةٌ بالشرط، وَلَوْ شرط فِيهِ إقالةً صحيحةً كَانَ باطلاً فهذا أولى.

وجه الاستحسـان: أنَّ النَّص قَدْ ورد فِي البيع بشـرط الخيـار عَلَى ما روينا، وَهَذَا مثله وأحق مِنْهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ حكم الخيار تَعلُّق الفسخ بِمَا يدل عَلَى الإعراض عن أحكام العقد، أَوْ بصريح الفسخ مع استثناء أحكام العقد للحال.

وههنا تعلق الانفساخ بِمَا يدل عَلَى الإعراض عن أحكام العقد، وَهُوَ عدم النقد مِنْ غَيْرِ صريح الفسخ مع قيام أحكام البيع للحال، لِأَنَّ المِلك يزول ويقع لِلْمُشْتَرِي فِي هَذَا بِكُلِّ حَالٍ فَصَارَ هَذَا أحق.

فأمَّا إِذَا زيد عَلَى الثلاثة فإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ لَمْ يجزه لِأَنَّ شرط الخيار عنده لَا يصح أكثر من الثلاثة، فَكَذَلِكَ ما أُلحق بِهِ لَا يخالفه.

وَأَمَّا عندهما: فإِنَّ أبا يُوسُفَ ﷺ رُوِي عَنْهُ أَنَّهُ أبطل ذَلِكَ لِأَنَّهُ عمل فِي الخيار بالسنَّة، وروي عن ابن عمر ﷺ الزيادة عَلَى الثلاثة فِي الخيار، وروي عَنْهُ فِي هَذِهِ المسألة ثَلَاثَة أيام فَلَمْ يتجاوز حد السنة فِيمَا لَا يدرك بالقياس.

وَأَمَّا محمَّد ﷺ فَقَدْ أجازه اعتباراً بالخيار لِأَنَّ الاعتبار فِي المقدار مثله فِي الأصل، فإن شرط أكثر من ثَلَاثَة أيام ثُمَّ نقد الثَّمَن فِي الثلاثة صحَّ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لانقطاع المفسد.

٧١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى طَعَامَاً لَمْ يره فَقَالَ رضيته، ثُمَّ رَآهُ فَلَمْ يَرْضَهُ؛ قَالَ: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَقَدْ قالوا: إن الفسخ جائزٌ قبل الرؤية.

وَقَالَ بعضهم: إِنَّ الخيار ثابتٌ معلقٌ بالرؤية بالسنَّة، قَالَ النَّبي ﷺ: (مَنِ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ)(١)، فَإِذَا كَانَ معلقاً بِذَلِكَ لَمْ يثبت قبل

(١) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ٢٠٣٤١/، والدارقطني برقم/ ١٠/، والبيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١٠٢٠٨/.

الشرط فَلَمْ يتصور إبطاله، لكن الفسخ يناقض هَذَا الاستدلال.

وَإِنَّمَا الاستدلال أنَّ الاختيار والرضا بالشيء لَا يتصور قبل العلم بِهِ.

فَصَارَ معنى الحديث أنَّ الاختيار والرضا لَا يتحقق قبل وجود طريق العلم بالأوصاف، وَقَدْ صَارَ العقد غير لازمٍ لخللٍ فِي الرضا لَا للخيار فملك الفسخ قبل الرؤية لعدمِ لزومه.

والفسخ يَرْجِع إِلَى عدمِ الرضا وعدمُ العيان يحققه، فأمَّا الاختيار والرضا فَلَا يتحقق واحدٌ مِنْهُمَا قبل وجود طريقه.

٧١٧- مَسْأَلَةٌ

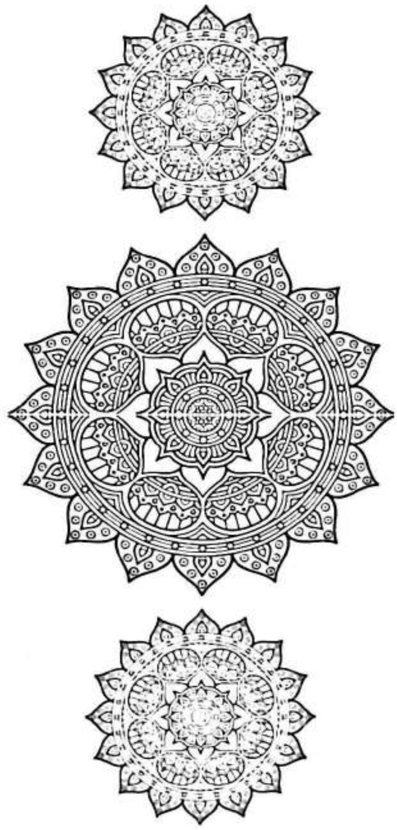
مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي غُلَامًا، وَيَشْهَدُ بِذَلِكَ رَجُلٌ وَيَخْتِمُ شَهَادَتَهُ ثُمَّ يَدَّعِي الشَّاهِدَ هَذَا الغُلَامَ؛ قَالَ: لَيْسَ خَتْمُهُ وَشَهَادَتُهُ بِتَسْلِيمٍ، وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَا صحت دعواه لِأَنَّهُ لَا تناقض بين الأمرين من قبل أَنَّهُ شهد بوجود البيع فِي ذَلِكَ، وَلَيْسَ وجوده بدلالةِ عَلَى صحته ونفاذه.

فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: إني كتبت شهادتي وأنا لَا أعلم ببطلان البيع، وَلَيْسَ ذَلِكَ مني إقراراً بصحته حَتَّى تصير دعواي منتقضة بِذَلِكَ.

قَالَ مشايخنا: إن ذكر فِي البيع ما يوجب صحته، فإنَّ شهادته بِذَلِكَ تناقض دعواه إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ كتب الشهادة بإقرارهما بِذَلِكَ كله فَلَا يبطل بِهِ دعواه.

١٣- كِتَابُ السَّلَمِ



٧١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ عشرة دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ، فَقَالَ الْمُسْلَّم إِلَيْهِ: شَرطتُ لَكَ طَعَامَاً رَدِيئَاً، وَقَالَ رَبّ السَّلَم: لَمْ تُسمِّ شَيْئاً، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُسَلَّمِ إِلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ رَبُّ السَّلَمِ: كَانَ فِي السَّلَمِ أَجَلٌ، وَقَالَ الْمُسْلَّمُ إِلَيْهِ: لَمْ يَكُنْ فِي السَّلَمِ أَجَلٌ، فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلَ رَبِّ السَّلَمِ.

وأصله أنَّ الكلام مَتَى كَانَ خارجاً مخرج التعنت لَا مخرج الخصومة كَانَ باطلاً، فَكَانَ القول قول من يَدَّعِي الصحة، لِأَنَّ قول المتعنت مردودٌ، فيبقى قول صاحبه لَا معارض لَهُ.

وَإِنَ خرج الكلام مخرج الخصومة، فإنَّ القول قول من يَدَّعِي الصحة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وإنْ كَانَ خصمه منكراً إِذَا كانا متفقين عَلَى عقدٍ وَاحِدٍ، وعندهما: القول قول المنكر وَإِنَ أنكر الصحة.

وتفسيره: إن ادَّعَى الطالب الأجل وأنكر المطلوب فإنَّ كلام المطلوب تعنت، لِأَنَّهُ ينكر ما ينفعه وَمَا هُوَ حقه، فتعين الفساد غرضاً لَهُ، فَصَارَ باطلاً، والقول قول رَبّ السلم.

وَإِذا صَارَ القولُ قولَهُ وجب أَنْ يَرْجِعَ فِي بيان مقدار الأجل إِلَى قولَهُ وَإِنَ ادَّعَى المطلوب الأجل فعندهما القول قول الطالب، لِأَنَّهُ أنكر حقاً عَلَيْهِ، فصح كرب الْمَال يَدَّعِي أنَّ شرط الربح نصف إِلَّا عشرة دَرَاهِمَ.

وأَبُو حَنِيفَةَ ﷺ قَالَ: إنَّهما اتفقا عَلَى عقدٍ وَاحِدٍ فيصيران متفقين عَلَى صحته، فيكون القولُ قولَ من يدّعي ذَلِكَ.

كما [قَالَ][1] فِي الزوجين مختلفان فِي الشـهادة فِـي النكاح، إنَّ القولَ قولُ من يَدَّعِي الشـهادة لما قلنا، وَإِذا جعلنا القولَ قولُ الْمُسْلِم إِلَيْهِ فإن القولَ قولَهُ فِي مقداره أَيْضَاً.

وَقَالَ بعضهم: القولُ قولَهُ إِلَى أدنى الآجال وَذَلِكَ شهرٌ، وَفِي الزيادة عَلَيْهِ لَا يقبل إِلَّا ببينة.

وَإِذا ادَّعَى الْمُسْـلِم إِلَيْهِ شـرطَ الرديء، وأنكر رَبّ السلم الشرط أصلاً، فإن كلام الطالب خرج مخرج التعنت فبطل قولَهُ، والقول قول صاحبه.

فإِنْ كَانَ الْمُسْـلِم إِلَيْهِ هُوَ الَّذِي ينكر الشرط يجب أَنْ يَكُونَ عَلَى الاختلاف، وَهَذَا الفصل أعني فصل دعوى الرديء من الخواص.

٧١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَسْلَمَ ثَمَنَ كُرٍّ مِنْ طَعَامٍ، فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ اشْتَرَى الْمُسْلِّم إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرَّاً مِنْ طَعَامٍ، وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ أَنْ يَقْتَضِيَهُ مِنْهُ فَاقْتَضَاهُ؛ قَالَ: لَا يَكُون اقْتَضَاءً، وَإِنَ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ فَاكْتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ، فَهُوَ جَائِزٌ. وإِنْ كَانَ الكُرُّ قَرْضَاً وَلَمْ يَكُنْ سَلَمَاً فَأَمَرَهُ بِقَبْضِهِ فَقَبَضَهُ قَضَاءً فَهُوَ جَائِزٌ.

---

(١) فِي ب

وأصـل هَذَا ما مـرَّ أنَّ العقد إِذَا كَانَ بشـرط الكيل أَوْ الوزن لَـمْ يَكُنْ بُدٌّ من وجوده حَتَّى يصح القبض، ويصح التصرف فِيهِ.

والسـلم عقدٌ بشـرط الكيل، وَكَذَلِكَ الشـراء شـرط أن يكتاله للموكل وَهُوَ المسلَم إِلَيْهِ، ليصح القبض، ثُمَّ ليصح القضاء من المطلوب، ثُمَّ يكتاله لِنَفْسِهِ.

وَهُـوَ معنى ما روي عن النَّبي ﷺ أَنَّهُ: (نَهَى عَنْ بَيْـعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ)[1]، صاع البَائِع وصاع الْمُشْتَرِي.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ قرضاً فَإِنَّهُ لَا يشترط فِيهِ الكيل بخلاف دين السلم وثمن المبيع، لِأَنَّ الكيل والوزن إِنَّمَا شرط للإعلام، والقرض يصح مع ضرب من الجهالة.

ولأنَّ القرض عاريةٌ فَكَانَ المقبوض عين حقه فِي التقدير، وكان كعين أعاره ثُمَّ استرده، فَلِذَلِكَ صحَّ قبضه مِنْ غَيْرِ كيلٍ، فوجب كيلٌ واحدٌ للشراء بحق الْوَكَالَة.

٧٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ جِيَادٍ، فَقَضَاهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ زُيُوفاً وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَهَلَكَتْ عِنْدَهُ أَوْ أَنْفَقَهَا؛ قَـالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ شيءٌ وَهُوَ قضاءٌ. وَهُوَ قـول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: عَلَيْهِ مثل الدَّرَاهِم الزيوف الَّتِي قبض، وَلَهُ دَرَاهِمَ مِثْلَ دَرَاهِمِهِ.

وَهَذَا فِي الجامع الكبير أَيْضاً.

وجـه قولَهُما: أنَّ الزيوف جنس حقه فوقع بِهِ الاسـتيفاء، وَإِنَّمَا بقي حقه فِي

(١) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ٢٣٢٨٤/، والبيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ٥٤/.

جودتـه لَا مثل لَهَا وَلَا قيمة، وَلَا يمكن تداركها إِلَّا بضمان الأصل، وَلَا سـبيل لَهُ لِأَنَّ القضـاء بالضمان عَلَى القابض حقاً لَهُ ممتنع، وحقاً لغيره وَلَا طالب لَهُ ممتنعٌ أَيْضاً، وَهَذَا هُوَ القياس.

واستحسن أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَالَ: يضمن مثل ما قبض ليحيي حقه فِي الجودة لِأَنَّ الزيـوف إِنَّمَا تصير حقه إِذَا سـقط حقـه فِي الجودة، وَإِذا لَمْ يسـقط حقه فِي الجودة فَهِيَ غير حقه.

وإِنَّ تضمين الإنسـان لِنَفْسِـهِ لَا يصح لعدم الفائدة، وَقَدْ حصلت ههنا فائدةٌ وَهُوَ تدارك حقه، هَذَا كشراء الإنسان مال نفسه باطلٌ، وَإِذا أفاد فائدة صحَّ، نحو أن يَشْتَرِي مال المضاربة أَوْ كسب عبده المأذون المديون فَكَذَلِكَ هَذَا.

٧٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْداً فَأَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْباً؛ قَالَ: لَا يَرْجِع عَلَى بَائِعِهِ.

وأصله أنَّ الْمُشْـتَرِي مَتَى حبس المبيع لَمْ يَرْجِع بِشَيْءٍ، ومتى هلكت المالية عنده رَجَعَ، ثُمَّ قَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: الإعتاق حبس بفعله فيمنع الرجوع كالبيع.

ولأصحابنا: أنَّ المالية انتهت بالعتق قصداً، لِأَنَّ نهاية المالية قصداً يكون وَلَوْ انتهت [المالية][1] بالموت تبعاً لانتهاء الحياة، لوجب الرجوع فهذا أحق، فَـإِذَا ثبت الانتهاء لَمْ يتصور الحبس وَهُوَ متناهٍ وسـقط فعلـه لمَّا كَانَ لَا انتهاء إِلَّا بِهِ.

---

(١) فِي ب

فَإِذَا أعتقه عَلَى مال صَارَ فِي حكم البيع فِي حق المعتِق لِما أَخَذَ من العوض وبطل حكم الانتهاء فِي حقه فبطل الرجوع.

وَهَذَا كالقتل أَنَّهُ يمنع الرجوع، وإِنْ كَانَ هُوَ الموت فِي الحقيقة فَكَذَلِكَ هَذَا، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٧٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تزوج امرأةً بِغَيْرِ أَمْرِهَا، ثُمَّ ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَنَّها أَجَازَتْ النِّكَاحَ؛ قَالَ: الظِّهَارُ بَاطِلٌ.

وفـرق بين هَذِهِ وبين ما سـبق فِي الْمُشْـتَرِي مِنْ الْغَاصِـبِ إِذَا أَعْتَقَ ثُمَّ أجاز المالك البيع أنَّ الإعتاق جائزٌ، والفرق بينهما عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ أنَّ الإعتاق حقٌّ من حقوق الملك لِأَنَّهُ نهايته، فتوقف بِهِ ونفذ بِهِ.

فأمَّا الظهار فتصرفٌ فِي نفس الفعل، والإسـناد لَا يتبين فِي حق حِلِّ الأفعال وحرمتهـا، ولأنَّ الظهار منكـرٌ من القول والتحريم إِلَى غايـة الكفارة جزاؤه، فَقَدْ بطـل معناه ههنا، لِأَنَّهُ يوم ظاهر كَانَتْ مثل أمه مِـنْ وَجْهٍ، فبطل معنى المنكَر مِنْهُ، فَلِذَلِكَ لَمْ يجب جزاؤه.

وقالوا: لو طَلَّقَهَا ثُمَّ أجازت لَمْ يَصِحَّ الإجازة، وَلَمْ يتوقف الطلاق لِأَنَّ العتق حقٌّ من حقوق الملك عَلَى ما قلنا.

وَأَمَّـا الطلاق فَإِنَّهُ قاطعٌ وَلَيْسَ بمنهٍ فأشـبه البيع فَلَمْ يتوقـف، وَلِأَنَّهُ لما كَانَ للقطـع وُجد نفاذاً ليقطـع الموقوف، فَصَارَ النفاذ أحق بِهِ، فَـإِذَا نفذ بطل التوقف، والعتاق لَا يصلح للقطع، فَإِذَا لَمْ يجد نفاذاً توقف.

والظهار لَا يصلح للقطع أَيْضاً، لِأَنَّ ذَلِكَ حكم قَدْ نُسخ، وَلَمْ يتوقف لما قلنا فبطل وصحت الإجازة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

٧٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى دَاراً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ، فَبَاعَ رجل دَاراً إِلَى جنبها فأخذها الْمُشْتَرِي بالشفعة؛ قَالَ: أَخْذُهُ بِالشفْعَةِ رِضاً بِالْبَيْعِ.

وكان يَنْبَغِي أن لَا تجب الشفعة عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِك الدار المشتراة، وَإِنَّمَا وجبت عند بعضهم لِأَنَّ الْمُشْتَرِي صَارَ أحقَ بِهَا، فأشبه العَبْد المأذون والمكاتب، وَهَذَا فاسدٌ لِأَنَّهُ جَعَلَ الأخذ رضاً بِالْبَيْعِ.

فلو كَانَ بِذَلِكَ المعنى يجب لكان يبقى الخيار مع ذَلِكَ.

ولكن طريق المسألة أنَّ طلب الشفعة دليل عَلَى اختيار المِلك، فَإِذَا صَارَ مختاراً وقع الملك من حين اشْتَرَى، فَظَهَرَ أنَّ ملك ذَلِكَ الجواز كَانَ سابقاً، فَلِذَلِكَ وجبت، وَلِذَلِكَ صَارَ راضياً.

٧٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى نِصْفَ دَارٍ وَقَاسَمَ البَائِعَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ؛ قَالَ يَأْخُذُ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ قسمة مَا لَا يكال وَلَا يوزن إقرارٌ مِنْ وَجْهٍ وبيعٌ مِنْ وَجْهٍ، ومعنى الإقرار راجحٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ وأبي ويُوسُفَ رحمهما الله.

وَإِذِا صحت القسـمة لَمْ ينقص بالشك، ومعنى الإقرار يمنع النقص، ومعنى البيع لاَ.

ولأنَّ الإقرار تكميلٌ للقبـض، لِأَنَّ القبض إِنَّمَا يتكامل بالإقرار فِي الحقيقة، والشفيع لَا ينقض القبض ليعيد العهدة إِلَى البَائِع.

فَكَذَلِكَ ما جَعَلَ تكميلاً لَهُ، وَإِنَّمَا لَمْ ينقضِ القبض لِأَنَّهُ من العقد، والشـفيع لَا يَمْلِك القبض فِي الَّذِي يتعلق بِهِ حقه إِلَّا ضرورة اسـتيفاء حقه، والاستيفاء ههنا تقرر بالقبض.

٧٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْـتَرَى عَبْدَاً، فَإِذَا هُوَ يهوديٌّ أَوْ نصرانيٌّ أَوْ مجوسيٌّ، أَوْ اشْـتَرَى أَمَةً فَوَجَدَهَا كَذَلِكَ؛ قَالَ: كُلُّ هَذَا عَيْبٌ يُرَدُّ مِنْهُ.

وَإِنَّمَا قلنا لِأَنَّ الكفر عيبٌ من قِبلِ أنَّ الْمُسْـلِم قلما يرغب فِي صحبة الكافر، ويعد صحبته عيباً إِلَّا أَنَّهُ عيبٌ يسـيرٌ فِي حكم المالية فرد بِهِ، وَلَمْ يمنع بِهِ الصرف إِلَى الكفارة.

فإن اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مسلمٌ فوجده كافراً فَلَا شبهة فِي الرد، وَإِنَ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كافرٌ فوجده مسلماً لَمْ يرده عندنا، لِأَنَّهُ شَرَطَ العيب، فوجد السلامة.

وَقَالَ الشافعي ﵀: يرد بِهِ لِأَنَّهُ فاته شرطٌ مرغوبٌ، وَهَذَا لِأَنَّ الأُولَى بالمسلم أن يستعبد الكافر.

وكان السلف يستعبدون العلوج، وَلَا يستعبدون المصلين.

والجـواب: بأنَّ هَـذَا امرٌ راجعٌ إِلَى الديانة، وَلَا عبرة بِـهِ فِي المعاملات، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْـتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مسـلمٌ فوجـده كافراً يرده، وَلَوْ اشْـتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ أعمى فوجده بصيراً لَمْ يرده؟

وَهَـذَا كالإعتاق مصلحة فِي حكـم الديانة والدار الآخرة، ثُمَّ جَعَلَ تبرعاً من الثلث مع ذَلِكَ.

٧٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى عَبْدَاً فَوَجَدَهُ زَانِياً؛ قَالَ: لَا يَرُدُّهُ. وَلَوْ اشْتَرَى أَمَةً فَوَجَدَهَا زَانِيةً، رَدَّهَا.

لِأَنَّ الزنا يفسـد الفـراش، وَذَلِكَ قَدْ يقصـد من الإماء دون العبيـد، وَهَذَاك البخر[1] والدفر يُعد عيباً فِي الْجَارِيَة دون الغلام، فَكَذَلِكَ هَذَا.

فأما إِذَا ظهر وجوب حدٌّ عَلَيْهِ فَهُوَ عيبٌ، وَمَا يحدث من وجوب الحد فعيبٌ حادثٌ فِي ضمان الْمُشْتَرِي.

٧٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَم فقبضها ثُمَّ بَاعَهَا من البَائِع بِخَمْسِمِائَة دِرْهَم؛ قَالَ: البيع الثَّانِي باطلٌ.

وَهَذَا عندنا.

---

(١) البخر: رائحة الفم الكريهة.

والدفر: رائحة الإبط الكريهة

وَقَالَ الشافعي رحمه الله: جائز، لِأَنَّهُ بيعٌ جديدٌ لَا اتصال لَـهُ بالأول، فيصح كما يصح بعد استيفاء الثَّمَن.

ولأصحابنا: حديث عَائِشَة رضي الله عنها أَنَّ امرأةً قالت: ابتعتُ من زيدِ بنِ أرقم رضي الله عنه جاريةً بثمانِ مائة دِرْهَم، ثُمَّ بعتُها بستمائة، فَقَالَتْ: عَائِشَة رضي الله عنها (أَبلغي زيدَ بنَ أرقمَ رضي الله عنه أَنَّ الله تَعَالَى أبطل جهادَه مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ إن لَمْ يَتبْ)[1].

وَهَذَا وعيدٌ لَا يدرك بالرأي، لِأَنَّ الشيء من المعاصي دون الكفر لَا يبطل شَيْئاً من الطاعات، إِلَّا أن يثبت شيء من ذَلِكَ بوحيٍ غير معقولٍ، فدل ذَلِكَ عَلَى أَنَّهَا قالته عن توقيفٍ، والوعيد يدل عَلَى الفساد، وقالت: (بئس ما شريت)، وَذَلِكَ أية الفساد، ولأنَّ باب الربا مبنيٌّ عَلَى الاحتياط بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى تعدَّت حرمته إِلَى الشبهات، وَفِي هَذَا شبهة الربا، لِأَنَّهُ عاد إِلَيْهِ عين ماله، وصار الثَّمَن بعضه ببعض قصاصاً، وبقي عَلَيْهِ فضلٌ فَصَارَ ذَلِكَ بمعنى مقابلةِ الثمنِ بجنسه متفاضلاً، وَلِذَلِكَ لَمْ يحرم بعد القبض.

٧٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً

(١) الحديث بتمامه (عنِ العاليةِ قالتْ: كنتُ قاعدةً عندَ عَائِشَة رضيَ اللهُ عَنْهَا فأتتها أُمُّ محبّةَ فقالتْ لها: يا أُمَّ المؤمنينَ أكنتِ تعرفينَ زيدَ بنَ أرقمَ قالتْ: نَعَمْ. قالتْ: فإنّي بعتهُ جاريةً لِي إِلَى عطائهِ بثمانمائةٍ نسيئةً وإنّهُ أرادَ بيعها بستّمائةٍ نقدا. فقالتْ لها: بئسما اشتريتِ وبئسما اشتَرَى أبلغي زيدا أنّهُ قدْ أبطلَ جهادهُ معَ رسولِ اللهِ ﷺ إنْ لمْ يتبْ).
رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ١١١١٣/ ، والدارقطني برقم/ ٢١١/ ، وعبد الرزاق برقم/ ١٤٨١٢/ .

بِأَلْفِ دِرْهَم فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا وَأُخْرَى مَعَهَا بِخَمْسِمِائَة دِرْهَم؛ قَالَ: البَيْعُ جَائِزٌ فِي الَّتِي لَمْ تَكُنْ بِيعَتْ أَوَّلَ مَرةٍ، ولَا يَجُوزُ فِي الأُخْرَى.

أَمَّا فِي الَّتِي اشتراها فَلَمَّا قلنا، وَأَمَّا فِي الأُخْرَى فَلَمْ يفسد وَلَمْ يشِعْ إِلَيْهِ الفساد عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، لِأَنَّ هَذَا فسادٌ ثبت بدليلٍ قاصرٍ، وَهُوَ أمرٌ خفيٌ صرنا إِلَيْهِ احتياطاً لأمر الربا، فَلَمْ يظهر ذَلِكَ فِيمَا ضم إِلَيْهِ.

وَذَلِكَ مثل رجل اشْتَرَى عبدين هَذَا بأَلْفِ حالَّةٍ وَهَذَا بِأَلْفِ إِلَى العطاء أَنَّ البيع فِيمَا ضُم إِلَيْهِ لَا يفسد لما قلنا من قصور دليل الفساد، فَصَارَ فِيمَا ضُم إِلَيْهِ شرطاً صحيحاً لَا فَاسِداً، وَعَلَى ما وضع هاهنا لَا يُتصور الاحتيال للصحة.

وإنما يُتصور ذَلِكَ إِذَا بَاعَهَا بِأَلْفِ دِرْهَم وخمسمائة أَنَّهُ لَا يضم إِلَى الَّتِي كَانَ اشتراها بِأَلْفِ أَوْ أكثر حَتَّى يصح العقد فِيهَا.

وَهَذَا لِأَنَّهُ إِذَا أضيف إليها ألفٌ وألف دِرْهَم أَوْ أكثر صحَّ، فَلَا دلالة عَلَى بعض الوجوه، فيبقى الثَّمَن مجهولاً فَلَا يصلح دلالة الجواز، وَهُوَ علة الفساد فَوْق الْأَوَّل.

٧٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ مائة دِرْهَم نقدها، وَمِائَة دِرْهَم دَيناً لَهُ عَلَيْهِ فِي كُرِّ حنطةٍ؛ قَالَ: حِصَّةُ الَّتِي نَقَدَهَا جَائِزٌ، وَالآخَرُ بَاطِلٌ.

أَمَّا إِذَا أطلق السلم بِمِائَتَيْ دِرْهَمٍ فِي كُرِّ حنطةٍ، ثُمَّ قاصه بِمَا عَلَيْهِ، ونقد مائةً فَلَا يُشكل.

لِأَنَّ الفســاد هاهنــا بســبب عدم القبض، وَذَلِـكَ طارئ لِأَنَّ الشـرع لما نقل الحكــم عــن التغيير إِلَى القبض اعتبـر القبض وَهُوَ أمرٌ طـارئٌ كهلاك المبيع قبل القبض، فَلَمْ يصر شرطاً فَاسِدَاً فِيمَا ضُم إِلَيْهِ.

فأمَّا إِذَا كَانَ أضاف العقد إِلَى الدين فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ الدين لَا يتعين إِذَا كَانَ ثمناً فَصَــارَ ذَلِكَ مثلَ إطلاق العقد ثُمَّ المقاصة بالديــن. وَإِنَّمَا تتعين الدَّرَاهِم فِي الذِّمَّة عند زفر ﷺ.

٧٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْــتَرَى جَارِيَةً فَاعْورَتْ عِنْدَهُ مِنْ السَّــمَاءِ؛ قَالَ: يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً، وَلَا يُبَينُ. وَإِنَ فقأَ هُوَ عَيْنَهَا أَوْ فَقَأَهَا أَجْنَبِيٌّ فَأَخَذَ الْمُشْتَرِي لِذَلِكَ [إِنْ شَاءَ][(١)] لَمْ يَبْعْهَا مُرَابَحَةً حَتىَّ يُبَيِن.

أَمَّا فِي الْمَسْــأَلَةِ الْأُولَى، فَقَدْ قَالَ الشــافعي ﷺ: لَا بُدَّ من البيان لِأَنَّهُ احتُبِس عنده جزءٌ من العين فَصَارَ كما إِذَا احتُبِس بفعله، وَلَوْ علمه الْمُشْتَرِي ما رغب فِيهِ، ولنا أَنَّهُ لَمْ يحبس شَيْئاً يقابله ثمن، لِأَنَّ ما فات لَا يقابله ثمن.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو فات بعد البيع قبل التسليم لَمْ يسقط [بِهِ][(٢)] شيء، وَإِنَّمَا يؤخذ الْمُشْتَرِي بأداء الْأَمَانَة، فأمَّا أن يلتزم ضرراً فَلَا.

فَإِذَا فقأ بِنَفْسِــهِ فَقَدْ حبســه، والمحبــوس عَلَى هَذَا الطَّرِيق يقابلــه الثَّمَن فَلَا يَمْلِك بيع الباقي بالكل.

---

(١) فِي ب: أرشاً

(٢) فِي ب: بِهِ

وَإِنَ جنى عَلَيْهِ غيره فغرم الأرش فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ صَارَ مقصوداً أَيْضاً، وصار مِمَّا يقابله الثَّمَن وقام الأرش مقامه.

وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى ثَوْبَاً فأصابه قرض فأرٍ أَوْ حرق نارٍ لَمْ يلزمه البيان، وَإِنَ تكسر بنشره وطيّه فانتقص لزمه البيان.

٧٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً ثَيْبَاً فَوَطِئَهَا فَلَمْ يُنْقِصْهَا بَاعَهَا مُرَابَحَةً، وَلَمْ يُبَيِنْ؛ وإِنْ كَانَتْ بِكْرَاً لَمْ يَبِعْهَا مُرَابَحَةً حَتَّى يُبَينَ.

لِأَنَّ الوطء فِي الثيب لَمْ يوجب حبس شيءٍ يقابله ثمنٌ، لِأَنَّ المستوفى بالوطء لَيْسَ بمالٍ، وَإِنَّمَا يلحق بالْجِنَايَة فِي غَيْرِ الملك فَصَارَ مثل الاستخدام.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بكراً فَإِنَّهُ حبس العُذرة وَهُوَ حرٌ ومن الغبن حبسه، فَكَانَ مثل قطع عضو من أعضائها مِمَّا يقابله ثمنٌ لكونه مَالاً.

٧٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَلَّى رَجُلاً شَيْئاً بِمَا يقومُ عَلَيْهِ وَلَا يَعْلَمُ الْمُشْتَرِي بِكَمْ يقوم عَلَيْهِ؛ قَالَ: البَيْعُ فَاسِدٌ.

فإن أعلم البائعُ الْمُشْتَرِي بكم يقوم عَلَيْهِ فالخيار لِلْمُشْتَرِي إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ ترك الَّذِي يقوم عَلَيْهِ اسم لما اشْتَرَاهُ بِهِ ولما لحقه من المؤن الَّتِي ألحقت بالثمن، وَذَلِكَ لَا يعرف إِلَّا ببيان البَائِع.

فَإِذَا لَمْ يُبين كَانَ الثَّمَن مجهولاً ففسد البيع.

فـإِن أعلم صحَّ البيع، يعني فِي المجلس، لِأَنَّ جهالة الثَّمَن فسـادٌ فِي صلب العقد، إِلَّا أَنَّهُ فِي مجلس العقد غير مسـتقرٍ، لِأَنَّ سـاعات المجلس بِمَنْزِلَةِ سـاعةٍ وَاحِـدَة، فيصير التأخير إِلَى آخَـرَ المجلس أَمَرَ لَا بَأْسَ بِـهِ كتأخير القبول، فيصح عَلَى تقدير الابتداء.

فأمَّا بعد الافتراق فإصلاحٌ لَا ابتداءٌ وَهَذَا فسـادٌ لَا يحتمل الإصلاح، وَذَلِكَ نظير البيع بالرقم، والْمُشْتَرِي يعلم أنَّ الرقم اسمٌ لما يضعه البَائِع لعدم الثَّمَن أصلاً أَوْ لغلاء السعر إِلَّا أَنَّهُ لَا يعلم مقداره أنَّ البيع فاسدٌ.

فإن أعلمه البَائِع فِي المجلس صحَّ، وَهَذَا إيجاب أصله الفساد عَلَى احتمال الصحة عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله وَكَذَلِكَ عند محمَّد رحمه الله فِي رواية.

وَفِي رواية عَنْهُ أَنَّهُ صحيحٌ عَلَى احتمال الفساد لِأَنَّ هَذَا اسمٌ لمعلومٍ فِي نفسه.

والصحيـح: هُوَ الْأَوَّل لِأَنَّ هَذَا اسـمٌ لَا يفيد علماً للسـامع لِأَنَّهُ لَا ينبئ عن القدر فَصَارَ الفساد فِيهِ أصلاً.

وَإِنَّمَا وجب الخيار لخللٍ فِي الرضا لِأَنَّ الرضا لَا يتكامل قبل المعرفة بمقدار الثَّمَن، كما لَا يتكامل عند عدم الرؤية للجهل بالصفات.

فَلَمَّا ورد الشـرع بإثبات خيار الرؤية فِي ذَلِكَ كَانَ هَذَا ملحقاً بِهِ، وَهُوَ معنى قول مشايخنا: تكشفت حال الثَّمَن بعد ما كَانَتْ ملتبسة.

٧٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدَاً ثُمَّ جَاءَ

بِالعَبْدِ، وَقَالَ بِعْتَنِي [عَبْدَاً][1] آبِقَاً؛ قَالَ: لَا أُحَلِّفُ البَائِعَ حَتَّىٰ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي البَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ.

وَقَـدْ ذكرنا أن الجنون عيبٌ واحدٌ لازمٌ مَتَى ما عاود فَهُوَ الْأَوَّل، وَأَمَّا الإباق والسـرقة والبـول عَلَى الفراش فَإِنَّهُ إن عاود والحال وَاحِـدَة بِأَنْ كَانَ كل ذَلِكَ فِي حالة الصغر أَوْ الكبر فَإِنَّهُ يرد بِهِ، وأَنَّه لَا بد من المعاودة فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

فإن طلب الْمُشْتَرِي فِي دعوى الإباق يمين البَائِع لَمْ يستحلف حَتَّى يُثبت أَنَّهُ أبق عنده ببينة ثُمَّ يحلف البَائِع، وتفسير الحلف ما سبق ذكره.

وَإِنَ طلـب يمين البَائِع عَلَى أَنَّهُ لَمْ يأبق عند الْمُشْـتَرِي أَنَّهُ يحلف عَلَى ذَلِكَ عند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله، وَلَمْ يذكر قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

فَقَالَ بعضهم: لَا يحلف عنده، وقيل: بَلْ يحلف عنده أَيْضاً.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أن التحليف يبتني عَلَى صحة الدَّعْوَى وَعَلَى تَوَجُّهَ الخصومة، فأمَّا أن يُستحلف لإثبات الخصومة فَلَا.

ولأَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله: أَنَّ تَوَجُّهَ الخصومة حقٌ مقصودٌ فيصح التحليف عَلَيْهِ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ البينة تقبـل عَلَى ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ هَذَا؟ وَإِنَّمَا يحلف البَائِع بالله: ما يعلمه أَنَّهُ أبق عند الْمُشْـتَرِي، لِأَنَّهُ يحلف عَلَى فعل غيره، فَإِنْ حَلَفَ لَمْ يثبت، وَإِنْ نَكَلَ ثبت، فيحلف البَائِع بعد ذَلِكَ للرد.

---

(١) فِي ب: عَبْدَاً

٧٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَم فَقَبَضَهَا، ثُمَّ جَاءَ يُرِدُّهَا بِالعَيْبِ؛ فَقَالَ البَائِع: بِعْتُكَ هَذِهِ وَأُخْرَى مَعَهَا، وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بِعْتَنِي هَذِهِ وَحْدَهَا. فإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

لِأَنَّ حاصل اختلافهما إِنَّمَا وقـع فِي مقدار المقبوض، والقول قول القابض فِي مقداره.

أَلَا تَرَى أَنَّ الغاصب لو أنكر زيادة فِي المقبوض كَانَ القولُ قولَهُ.

فـإن اتفقا عَلَـى مقدار المبيع، واختلفـا مع ذَلِكَ فِي مقـدار المقبوض، فإِنَّ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فهاهنا أولى، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٧٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي مُسْلِمٍ يَشْتَرِي مِنْ مُسْلِمٍ عَبْدَاً بِهَذِهِ المَائَةِ رِطْلِ خَمْرٍ؛ قَالَ: البَيْعُ فَاسِدٌ، فَإِنْ قَبَضَهُ فَأَعْتَقَهُ جَازَ، وعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ اشْتَرَاهُ بِخِنْزِيرٍ كَانَ مِثْلُ الخَمْرِ.

قَالَ وَإِنَ بَاعَهُ أَوْ وهبه وقبضه فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وعَلَيْهِ قيمته.

وأصله: أَنَّ البيع الفاسـد مشـروعٌ عندنا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بفسادٍ يدخل فِي الثَّمَن مثل أن يجعل الثَّمَن خمراً أَوْ خنزيراً أَوْ يتصل بِهِ شرطٌ فاسدٌ أَوْ أجلٌ مجهولٌ.

وَقَـالَ الشـافعي ﵀: هُوَ باطـلٌ لَا حكم لَـهُ، لِأَنَّ البيع ينعقـد بمبيعٍ وثمنٍ، والخمر مَتَى جعلت مبيعة بطل البيع، فَكَذَلِكَ إِذَا جعلت ثمناً وَهُوَ كالميتة.

ولأصحابنا: أنَّ البيع بالخمر والخنزير منعقدٌ، فوجب أن ينعقد بحكمه، وَهُوَ المِلك كالصحيح.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الإيجاب والقبول قَدْ وجد، والمبيع قَدْ وجد والثمن قَدْ وجد مِنْ وَجْهٍ لِأَنَّهُ مالٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّ طباع النَّاس تميل إِلَى الخمر والخنزير، ولكنَّه غير متقومٍ لإهانة الشرع، فَصَارَ الثَّمَن موجوداً مِنْ وَجْهٍ دون وجهٍ، والثمن تابع فَلَمْ يبطل البيع بالشك، وَإِذا جَعَلَ مبيعاً لَمْ ينعقد بالشك.

وَأَمَّا الميتة فليست بمالٍ وَلَا متقومٍ، فَصَارَ الثَّمَن معدوماً والبيع لَا يَكُون بلا ثمن، ونظيره الكتابة أنَّها تنعقد بالخمر، وَلَا تنعقد بالميتة، وَكَذَلِكَ تنعقد بالخنزير.

فإن قبضه ملكه، وشَرَطَ القبض ليؤكده وليصير عقد معاوضة، فأمَّا إِذَا بَاعَهُ أَوْ وهبه وسلمه فإنَّ ذَلِكَ صحيحٌ، لِأَنَّ حق الشرع فِي رعاية الأسباب.

والأول كَانَ مشروعاً بأصله دون وصفه، فوجب نقضه رعاية لحق الشرع فِي الوصف، فَلَمَّا اتصل بِهِ المشروع بأصله ووصفه كَانَ أحق[1] بالمراعاة، وسقط بِهِ حق الوصف إِلَّا الإجارة فَإِنَّهَا تُنقض لِأَنَّهَا تنقض بالأعذار، لِأَنَّهَا فِي حكم المنعقد شَيْئاً فَشَيْئاً فِي حق الحكم، فيكون نقضها ملحقاً بِالْبَيْعِ، فَلَا يُعارِض تدارك الوصف.

٧٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ بَيْعُ الطَّرِيقِ جَائِزٌ، وَهِبَتُهُ جَائِزَةٌ، وَبَيعُ مَسيلِ المَاءِ وَهِبَتُهُ بَاطِلٌ.

---

(١) وأولى

أَمَّا إِذَا كَانَ المراد بالطريق والمسيل الرقبة، فإنَّما افترقا للجهالة، لِأَنَّ الطَّرِيق معلوم الطول والعرض، وَأَمَّا المسيل فَلَا ندري مقداره لِأَنَّ مقدار شغل الماء يختلف فبطل البيع لجهالته، وإِنْ كَانَ المراد بالطريق حق المرور ففي ذَلِكَ روايتان:

ذكر فِي كِتَاب القسمة إن لحق الممرَ قسطاً من الثَّمَن، فدلَّ ذَلِكَ عَلَى جواز بيعه، وَكَذَلِكَ جواب هَذَا الْكِتَاب.

وَفِي رواية: لَا يَجُوزُ بيعه، وَهُوَ فِي الزيادات، وَأَمَّا حق المسيل فَلَا يَجُوزُ بيعه [أصلاً][1]، فإِنْ كَانَ حق المسيل عَلَى السطح فَهُوَ نظير حق التعلّي عَلَى السفل، وبيعه باطلٌ باتفاق الروايات.

وإِنْ كَانَ عَلَى رقبة الأرض فَإِنَّهَا تفارق حق المرور بسبب الجهالة، والفرق بين حق التعلي وحق المرور أنَّ حق المرور متعلقٌ برقاب الأرض، فأشبه الأعيان المملوكة، والتعلي متعلق بالمنقول، فأشبه المنافع وَمَا لَا بقاء لَهُ.

وَأَمَّا بيع الشرب فَلَا يَجُوزُ بيعه للجهالة، وَهُوَ مالٌ متقومٌ يُضمن بالإتلاف لِأَنَّهُ حصة من الماء، حَتَّى إِذَا دَخَلَ فِي البيع تبعاً كَانَ لَهُ قسط من الثَّمَن.

كَذَلِكَ ذكر فِي كِتَاب الشرب فِي شاهدين شهدا بِشِرَاءِ أرض بِأَلْفِ دِرْهَم، زَادَ أحدهما ذكر الشرب، والمدعي يَدَّعِي ذَلِكَ كله أنَّ الشهادة لَا تقبل أصلاً، لِأَنَّ الَّذِي زَادَ الشرب فَقَدْ نقص عن ثمن الأرض، فَصَارَ كاختلافها فِي مقدار الثَّمَن، وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ قسطاً من الثَّمَن لما قلنا.

---

(١) فِي ب: أصلاً.

٧٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: الشَّرِيكُ فِي الطَّرِيقِ أَحَقُّ بِالشُّفعَةِ مِنْ الجَارِ، وَأَمَّا الشَّرِيكُ بِالخَشَبَةِ فِي الحَائِطِ فإنَّما هُوَ جَارٌ.

وأصل ذَلِكَ أنَّ الشـرع أوجب الشـفعة للمالك القديم وقدمه عَلَى الدخيل، والقديـم هُوَ الَّذِي سـبق ملكـه ملك الأخير(١)، تقـادم أَوْ لَا وأوجـب ذَلِكَ عَلَى مراتب، فجعل الشـريك فِي نفس المبيع أحق من غيره، ثُمَّ الشـريك فِي الحقوق، ثُمَّ الجار، كَذَلِكَ جاء عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ.

ولأنَّ هَـذَا الحق مضافٌ إِلَى الاتصال، وأثـره دَفَعَ الضرر واتصال الْأَوَّل هُوَ السـابق، حَتَّى إِذَا كَانَ لاثنين شـركه فِي المبيع، ولأحدهما اختصاص فِي الطَّرِيق لَمْ يترجح.

لِأَنَّ ما جَعَلَ علةً فِي الشـريعة لَا يصلح للترجيح، وَأَمَّا الشـريك فِي الطَّرِيق فإنَّ حقه متعلقٌ بالتابع فَصَارَ دون الْأَوَّل.

ولما كَانَ خليطاً مِنْ وَجْهٍ كَانَ مقدماً عَلَى الجار، حَتَّى إنَّ الجار المقابل الَّذِي هُوَ شريكٌ فِي الطَّرِيق أحقُّ من الملاصق الَّذِي لَا شركة لَهُ فِي الطَّرِيق.

وَإِذا كَانَ كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَا ملاصقاً، ولأحدهما شـركة فِي الطَّرِيق فَهُوَ أحقُّ من الآخر، وَلَوْ كانا شريكين فِي الطَّرِيق ولأحدهما جوار استويا وَلَا يعتبر الجوار مرجحاً لما قلنا.

---

(١) فِي ب: اللاحق

وَأَمَّا صاحب الخشبة فَلَيْسَ شَرِيكاً فِي شَيْءٍ من الدار، إِنَّمَا لَهُ حق السفل وكان جاراً ملاصقاً لَا غير.

٧٣٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الأعمى يَشْتَرِي الشيء لَمْ يره فَيَقُولُ رضيته؛ قَالَ: نظره إِلَيْهِ حسه إِنْ كَانَ مِمَّا يحس. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ فِي الأَعْمَى يَشْتَرِي الشَّيْءَ لَمْ يَرَهُ، فَيَقُولُ: رَضِيتُهُ، قَالَ: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ. وَإِنْ وَقَفَ بِمَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيراً لَرَآهُ، فَقَالَ أَصَبْتُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

فأمَّا شراء الأعمى فجائزٌ لإجماع الْمُسْلِمِينَ قديماً وحديثاً، وللضرورة الداعية إِلَيْهِ، وَلَهُ خيار الرؤية، وَإِنَّمَا يبطل خياره بِمَا يعمل عمل العيان فِي حقه، فإِنْ كَانَ مِمَّا يحس، فإنَّ حسه يفيد العلم.

فإن فعله قبل العقد، لَمْ يثبت لَهُ الخيار، وَإِنَ فعله بعده ثُمَّ رضي بطل خياره، وإِنْ كَانَ مِمَّا يذاق فالبذوق يدركه.

وإِنْ كَانَ عقاراً فَإِنَّهُ يوكل بقبض ذَلِكَ بصيراً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ حَتَّى إِذَا قبضه وَهُوَ ينظر إِلَيْهِ بطل الخيار.

وذكر عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ ههنا ما لَمْ يذكره فِي شَيْءٍ من المبسوط أَنَّهُ إِذَا وقف فِي مكان لو كَانَ بصيراً لرآه، فَقَالَ رضيته، أي بعد ما وُصف لَهُ بطل خياره، وَإِنَ فعل ذَلِكَ قبل العقد فَلَا خيار لَهُ.

٧٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي العِدْل

التَّبَطِـي[1] لَمْ يَرَهُ فَيَقْبِضُهُ فَيَبِيعُ مِنْهُ ثَوْبَاً أَوْ يَهَبُهُ وَيُسَـلِّمُهُ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ شَيْئاً مِنْهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ.

وَكَذَلِكَ هَذَا فِي خيار الشرط، وَذَلِكَ لما عرف أَنَّ خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة من قِبل أنَّ الرضا لَمْ يتكامل، وَلِذَلِكَ أثرٌ فِي الخلل فَصَارَ مثل المبيع قبل القبض.

والتفريـق قبل التمام باطلٌ، ملحقٌ بالتفريق فِي القبول، وخيار الشـرط يمنع الرضا والاختيار جَمِيْعَاً بالحكم ويمنع الحكم، فَصَارَ أثره فِي النقصان أكثر، فَصَارَ أولى بِمَا قلنا.

وَأَمَّا خيار العيب فَلَا يمنع تمام القبض، لِأَنَّ البيع وقع عَلَى السـلامة ظاهراً، وَعَلَـى هَذَا الوجه الرضا موجودٌ من كل وجهٍ فتمت الصفقة، فَصَارَ الفسـخ مبتدأ بِمَنْزِلَةِ بيعٍ مبتدأ فَلَمْ يكن عَلَيْهِ حَجْر فِيمَا يختار من الجمع والتفريق.

٧٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى أَرْضَاً وَفِيهَا نَخْلٌ، وَفِي النَّخِيلِ تَمْرٌ فَيَشْتَرِي ذَلِكَ فَيَقْبِضُهَا، ثُمَّ جَاءَ الشفِيعُ، قَالَ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ ذَلِكَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ. وَالقِيَاسُ فِي ثَمَرِ الشَّجَرِ أَنْ تَدْخُلَ فِي البَيْعِ مِنْ غَيْرِ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ مُتصِلٌ بِالشَّـجَرِ، وَجُـزْءٌ مِنْهَا خِلْقَةً، وَالْمَرْكَبُ يَدْخُلُ وَهُوَ الشَّجَرُ فَالَّذِي هُوَ مِنْهُ خِلْقَةً أَوْلَى.

وَفِي الاستحسان لَا يدخل إِلَّا بالشرط، لما روي عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ:

---

(١) العدل: كيس من القنب، ويقال لَهُ شوال.

(من باعَ نخلاً مثمراً فثمرتُها لِلبَائِعِ إِلَّا أنْ يشترطها للمبتَاع)[1].

ولأنَّ الثمر للفصل فاعتبرت عاقبته فَلَمْ يدخل مِنْ غَيْرِ الشرط، فَإِذَا شرطه حَتَّى دَخَلَ ثُمَّ حضر الشفيع أَخَذَ الكل، لِأَنَّ الثمر لما كَانَ متصلاً كَانَ تابعاً للعقار.

فإن حضر بعد جذاذ التمر لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الثمر سبيل لِأَنَّهُ صَارَ نقلياً محضاً لَيْسَ بتابع للعقار فَلَا يقضى لَهُ بِذَلِكَ، ولكن يحط عَنْهُ ما يخص الثمر، لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ موجوداً وكان لَهُ قسط من الثَّمَن.

قَالَ: وَإِنَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا ثمر فأثمرت عنده، ثُمَّ جاء الشفيع، فإن شاء أخذها بجميع الثَّمَن، وَإِنْ شَاءَ ترك، لِأَنَّ الثمر الحادث سرى إِلَيْهِ حكم العقد فَصَارَ مستحقاً مع الأصل تبعاً.

وَلَمْ يذكر الفصل ههنا.

وجوابه: أَنَّهُ إن حضر الشفيعُ بعد القطع أَخَذَ الأرض والنخل بجميع الثَّمَن، لِأَنَّ الثمر حدث بعد القبض، فَلَمْ يكن لَهُ قسط من الثَّمَن.

٧٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى دَاراً وَنَقَدَ الثَّمَنَ وَقَبِضَهَا ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ فَقَالَ: اشْتَرَيتَهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيتُهَا بِأَلْفَينِ، فإِنَّ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

(١) متفق عَلَيْهِ واللفظ فِي الصحيحين (منْ باعَ نخلاً قدْ أبرتْ فثمرتها للبائع إِلَّا أنْ يشترطَ المبتاعُ)، رواه البخاري برقم/ ٢٠٩٠/، ومسلم برقم/ ٣٩٨٢/، وغيرهما من أصحاب السنن.

وَإِنَ أقاما البينة فإنَّ البينة بينة الشفيع، أَمَّا عند عدم البينة فَلَا يجري التحالف بينهما، لِأَنَّ الشـفيع يدَّعي اسـتحقاق الشفعة عَلَى الْمُشْـتَرِي بِمَا يدَّعي من الْمَال وَإِنَّمَا الدَّعْوَى مِنْهُ، وخصمه منكر.

فأمَّا الشـفيع فَلَا يَدَّعِي عَلَيْهِ الْمُشْـتَرِي شَيْئاً، لِأَنَّ الشفيع لَا يجبر عَلَى شيء، وَلَمْ يرد فِيهِ نصٌ بالتحالف، فوجب أن لَا يتحالفا.

وَإِنَ أقامـا بينة، فـإِنَّ المذكور فِي الْكِتَاب قول أَبِـي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ، فأمَّا عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ فإنَّ البينة بينة الْمُشْتَرِي، لِأَنَّهُ يثبت الزيادة، وينزل منزلة البَائِع.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ: أنَّ الجمع أصلٌ فِي التعارض، وعند التعذر يصار إِلَـى الترجيـح، وهاهنا الجمع ممكن، لأنَّا نجعل كأنَّه اشـتراها بألـف ثُمَّ بألفين، فيكون للشـفيع أَنْ يَأْخُذَ بأي عقدٍ شاء، وَقَدْ أثبت عَلَيْهِ الشفيع إقرارين أَيْضاً فَصَارَ ما عَلَيْهِ أولى.

ولأنَّ بينة الْمُشْتَرِي غير ملزمةٍ لِأَنَّ الشفيع لَا يجبر عَلَى شيء، فأمَّا بينة الشفيع فملزمة وَإِنَّمَا تقبل البينات فِي موضع الإلزام.

٧٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَقَبَضَهَا ثُمَّ أَقَالَهُ البَائِع بِأَلْفٍ وَخَمْسِمائَةٍ، أَوْ أَقَالَهُ بِخَمْسِمِائَة؛ قَالَ: الإِقَالَةُ جَائِزَةٌ بَالأَلْفِ، وَإِنَ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ ثُمَّ أَقَالَهُ الْمُشْـتَرِي البَيْعَ بِأَقَلَّ مِنْ الثَّمَنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنَ أَقَالَهُ بِأَكْثَرَ فَهُوَ جَائِزٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّل.

وحاصل هَذِهِ المسـألة أنَّ الإقالة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فسـخٌ، إِلَّا أن لَا يمكن فيبطل.

وعند محمَّد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فسخ إِلَّا أن لَا يمكن فيجعل بيعاً إن أمكن، وإلا فيبطل(١).

وَقَـالَ أَبُو يُوسُـفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الإقالة بيعٌ جديدٌ، إِلَّا أن لَا يمكن فيجعل فسـخاً إن أمكن، وإلا فيبطل(٢).

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ روايات غير هَذِهِ.

أَمَّـا محمَّد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فَإِنَّهُ قَالَ الفسـخ أصلٌ فِي الإقالة، وَذَلِـكَ موضوعها إِلَّا أَنَّها تحتمل جهة البيع بِالْإِجْمَاعِ.

أَلَا تَـرَى أَنَّها جُعلت بيعاً فِي حق الثالث؟ فـإن تعذر العمل بحقيقتها وجب نقلها فِي حق العاقدين إِلَى ما يمكن.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لما كَانَتْ لَا توجد الإقالة إِلَّا بالتراضي وَذَلِكَ أمارات العقد المبتدأ جَعَلَ كَذَلِكَ إِلَّا أن يتعذر.

والقيـاس قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لأنَّ الإقالة رفعٌ وإسـقاطٌ فِـي اللغة، يقال فِي الدعاء: اللَّهُمَّ أقلني عثراتي، والفسخ والرفع لَا يحتمل معنى الابتداء، وَإِنَّمَا جَعَلَ ابتداء فِي حق غيرهما لانقطاع الولاية.

فأمَّا التراضي فَلَا بُدَّ مِنْهُ لِأَنَّ العقد تم بالتراضي، والفسخ لَا يصح إِلَّا كَذَلِكَ أَيْضاً.

فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا إِذَا ذُكر الثَّمَن الْأَوَّل صحت الإقالة وبطل النقصان والزيادة، فَـإِذَا قُبل بجنس آخر أَوْ كَانَ بالمبيع ما يمنع الفسـخ مثـل الزيادة المنفصلة بطلت عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندهما يجعل بيعاً فيصح.

---

(١) بأن جعلت الإقالة بمثل الثَّمَن الْأَوَّل أَوْ أقل. حاشية أ

(٢) بأن كَانَ المبيع عرضاً وَقَدْ هَلَكَ وثمنه دَرَاهِمَ. حاشية أ

فَإِنْ كَانَ المبيع غير مقبوضٍ جُعلت الإقالة فسخاً عندهم جَمِيْعَاً إن أمكن[1] إِلَّا فِي العقار عند أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

ومسألة الإقالة بأقل من الثَّمَن الْأَوَّل بعد حدوث العيب من الخواص.

وَإِنَّمَا صحَّ النقصان هنا لِأَنَّهُ لما احتبس عند الْمُشْتَرِي بعض المبيع لَمْ يمتنع أن يحبس عند البَائِع بعض الثَّمَن أَيْضَاً، ومعناه أَنْ يَكُونَ النقصان بقدر ما يخص العيب، أَوْ بِمَا يدخل تحت التقويم.

وجواب الْكِتَاب مطلقٌ.

٧٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً فَقَبَضَهَا فَجَاءَ البَائِعُ يُخَاصِمُهُ فِي الثَّمَنِ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي: أَنَّهُ دَلَّسَ هَذَا العَيْبَ؛ قَالَ: لَا يُجبَرُ عَلَى دَفْعَ الثَّمَنِ حَتَّى يُقيمَ البَيِّنَةَ أَوْ يُستَحْلَفَ. فَإِنْ قَالَ: شُهُودِي بِالشَّامِ، قَالَ: يُقَالُ لَهُ: ادْفَعْ الثَّمَنَ، وَإِنَ شِئْتَ أَسْتَحْلِفَ لَكَ وَادْفَعُ الثَّمَنَ. فأَمَّا إِذَا كَانَ الشُّهُودُ حُضُوراً فَلأَنَّ القَاضِي لَا يَشْتَغِلُ بِمَا لَا يُفِيدُ، وَلَا يَقْضِي لِينْقُضَ وَيُعِيدُ. وَإِذا كَانَ الْمُشْتَرِي يَدَّعِي العَيْبَ فَلَوْ تَعَجَّلَ القَاضِي لَمْ يَأْمَنْ أَنْ يَقَعَ فِيمَا قُلْنَا، فَلِذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَسْمَعَ مِنْ شُهُودِهِ أَوْ يَستَحْلِفَهُ، فَإِنْ اسْتَبَانَ لَهُ وَجْهُ الحُكْمِ حَكَمَ بِهِ، وَإِلَّا أَجْبَرَهُ عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ. فأَمَّا إِذَا قَالَ شُهُودِي بِالشَّامِ، لَمْ يَسْتَوجِبْ النَّظَرَ وَالاحْتِيَاطَ.

---

(١) أي إِذَا كَانَ المعقود عَلَيْهِ قائماً وَلَمْ يكن بِهِ مانع أَمَّا إِذَا هَلَكَ فَقَدْ يطلب الإقالة عندهم. حاشية أ

لِأَنَّ ذَلِكَ أمرٌ لَا يدري أيكون أم لَا، فَلَمْ يستوجب النظر، وَلَمْ يجز أن يؤخر الواجب بِهِ، فأمَّا إِذَا كَانَ الشهود حضوراً فَلَا بُدَّ من النظر[1].

وَكَذَلِكَ كل ما كَانَ من جنس الدفع من الخصم بعد تَوَجُّهَ الحكم عَلَيْهِ فهذا سبيله.

ولكنَّه إن طلب يمين البَائِع عَلَى العيب استُحلف لَهُ، لِأَنَّ هَذَا امرٌ لَا يوجب تأخير قضاء الثَّمَن، فَإِنْ حَلَفَ ألزم [الْمُشْتَرِي][2] الثَّمَن، وَإِنَ أَبَى ألزم البَائِع حكم العيب.

٧٤٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدَاً وُلِدَ عِنْدَهُ، ثُمَّ بَاعَهُ [الْمُشْتَرِي من الآخر][3]، ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِع الْأَوَّل أَنَّهُ ابْنُهُ؛ قَالَ: هُوَ ابنه، وَبَطَلَ البَيْعُ أَجْمَعُ.

وَهَذَا استحسان، وَفِي القياس لَا يصدق، وَهُوَ قول زفر ﷺ، لِأَنَّهُ يناقض كلامه، لِأَنَّهُ سبق مِنْهُ إقرار لصحة البيع، فَلَا يصدق فِي نقضه وإبطاله.

ولنا: أنَّ العلوق اتصل بملكه، واتصال العلوق فِي مِلْكِهِ يوجب ولاية الدَّعْوَى، ويُنَزل منزلة البينة عَلَى صدق الدَّعْوَى، لِأَنَّ الشرع إِنَّمَا شرع ذَلِكَ فِي الملك.

---

(١) وَلَمْ يكن فِيهِ إبطال حق الْمُشْتَرِي لأنه لو حضر شهود يتقيمها فيرجع بالثمن عَلَى البَائِع. حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

أَلَا تَـرَى أَنَّ المريض إِذَا أَقَـرَّ بجارية أَنَّها أمُّ ولدٍ ثُمَّ مَاتَ من مرضه، فإِنْ كَانَ لَهَا ولد ولدته، عتقت من جميع الْمَال، وَإِنَ لَمْ تكن عتقت من الثلث.

فأمَّا دعوى التناقض فَلَا عبرة بِذَلِكَ[1] لِأَنَّهُ أمرٌ خفيٌ، أعني العلوق، والتناقض عفو فِي مثله.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الْمَـرْأَة إِذَا اختلعت ثُمَّ أقامت البينة عَلَى الثَّـلَاث قبل ذَلِكَ قُبل مِنْهَا، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَب إِذَا أقام البينة أَنَّ مَوْلَاهُ كَانَ أعتقه قبل ذَلِكَ سُمع وَلَمْ يبطل بالتناقض لما قلنا.

وَإِذا صحَّ بطلت البيوع.

٧٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي سُـلْطَانٍ أَكْرَهَ رَجُلاً حَتَّى طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ أنكح؛ قَالَ: جَائِزٌ، وَلَوْ أَكْرَهَهُ حَتَّى بَاعَ أَوْ وَهَبَ لَمْ يَجُزْ.

قَالَ الشافعي ﷺ: كل ذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ إكراهٌ باطلٌ فيُفسد العبارة، كالإكراه عَلَى الإقرار بالعتاق والطلاق.

ولأصحابنـا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لحذيفة ﷺ[2] حين حلفه الكفار أن لَا ينصر

---

(١) فِي ب: بِهِ

(٢) لفـظ الحديـث بتمامـه: (أنَّ حذيفةُ بنُ اليمانِ ﷺ قـالَ: ما منعني أنْ أشـهدَ بدرا إِلَّا أنّى خرجتُ أنا وأبى حسـيلٌ قالَ: فأخذنا كفّارُ قريشٍ قالوا إنّكمْ تريدونَ محمّدا فقلنا ما نريدهُ مـا نريدُ إِلَّا المدينةَ. فأخذوا منّا عهدَ اللهِ وميثاقهُ لننصرفنَّ إِلَى المدينةِ ولَا نقاتلُ مَعَهُ فأتينا رسـولَ اللهِ ﷺ فأخبرناهُ الخبرَ فقالَ « انصرفا نفي لهمْ بعهدهمْ ونسـتعينُ اللهَ عَلَيْهِمْ »). =

محمَّداً ﷺ بعهدهم ويستعين الله عَلَيْهِم، فأمره بالوفاء.

فثبت بِهِ أنَّ الْيَمِين قَدْ صحت مع الإكراه، والخلاف فِي ذَلِكَ مثله فِي الطلاق والعتاق، وَلِأَنَّهُ أضاف الطلاق إِلَى محله فِي مِلْكِهِ، وَهُوَ من أهله فصح كالهازل.

وَهَذَا لِأَنَّ صحة التصرف تبتني عَلَى الأهلية وَهِيَ قائمةٌ، وفيما يتضرر يتعلق بكونه مخاطباً، وَهُوَ مخاطب، وَإِنَّمَا ينعقد فِي محله وينفذ فِي مِلْكِهِ، وكل ذَلِكَ قَدْ وجد، وإنما عُدِمَ الرضا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بشرط فِيمَا لَا يحتمل الفسخ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يصح من الهزل، وبشرط الخيار.

وَأَمَّا البيع فمن شرط صحته الرضا لِأَنَّهُ نوعان صحيحٌ وفاسدٌ، فقلنا بفساده، فأمَّا العتق والطلاق فنوعٌ واحدٌ لَا يتعلق صحته بالرضا، وَإِنَّمَا يصح الأداء عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله من السلطان خاصةً.

وقالا: يصح من غيره، لِأَنَّهُ يعتمد خوف التلف، فَإِذَا تحقق مِنْ غَيْرِ السلطان ألحق بِهِ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أنَّ الإكراه مِنْ غَيْرِ السلطان يُدفع بالسلطان فَلَا يدوم، ولأنَّ للولاية أثراً فِي تغير الأحكام فَلَمْ يصح القياس مع هَذَا التفاوت الَّذِي قلنا.

ثُمَّ ذكر مسألة الْوَكَالَة بِشِرَاءِ شيءٍ بِغَيْرِ عينه، والثمن منقودٌ أَوْ غير منقودٍ، وَقَدْ سبق ذكره.

= رواه مسلم برقم/ ٤٧٤٠/ واللفظ لَهُ، والطبراني فِي الأوسط برقم/ ٨٤٣٦/، وأحمد برقم/ ٢٣٤٠٢/، وابن أبي شيبة برقم/ ٣٣٥٢٧/.

٧٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ بَاعَ مِنْ هَذَا الطَّعَامِ قَفِـيزاً بِنَقْدِ[١] القَفَـيزِ وَلَا يَعْلَمُ مَا مِعْيَارَهُ. قَالَ: هُوَ جَائِزٌ. قَالَ: وَلَوْ أَسْـلَمَ فِي ذَلِكَ فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

وَهَـذَا لِأَنَّ بيـع العين يتعجل فِيهِ التسـليم، فيكون القفيـز مخالفاً للقفزان لَا يوجب عجزاً عن التسليم، وَلَا منازعةً.

وَفِي السلم يتأخر التسليم فربما يهلك فيؤدي إِلَى المنازعة ويتعذر التسليم.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ أبطل البيع فِي العين وَذَلِكَ قياس قولَهُ فِي البيع بوزن هَذَا الحجر ذهباً.

٧٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَم ثُمَّ تقايلا، صَحَّ. فَإِنْ هَلَكَتْ قَبْلَ الرَّدِّ بَطَلَتْ الإِقَالَةُ، وإِنْ كَانَتْ[٢] قَبْلَ الإِقَالَةِ فَالإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ.

لِأَنَّ الْجَارِيَـة معقودٌ عَلَيْهَا، والعقد يبقى ببقائها ويبطل بفواتها، وتمام الإقالة بالتسـليم بِمَنْزِلَـةِ ابتداء البيع، فَإِذَا هلكت قبل التسـليم بطلـت، وَإِذا كَانَتْ هالكة فالعقد منقضٍ بهلاكها فَلَا يصح رفعه.

(١) فِي ب: بهذا

(٢) فِي ب: ماتت

٧٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي طَعَامٍ، وَسَلَّمَ جَارِيَةً ثُمَّ تَقَايلَا ثُمَّ هَلَكَتْ الْجَارِيَة؛ أَنَّ عَلَى الْمُسَلَّم إِلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَلَوْ كَانَتْ هَالِكَةً قَبْلَ الإِقَالَةِ صَحَّ أَيْضاً، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا.

ذكره فِي كِتَاب البيوع وغيره.

لِأَنَّ الْجَارِيَة بِمَنْزِلَةِ الثَّمَن هنا، والمعقود عَلَيْهِ هُوَ السلم، وَهُوَ باقٍ فصح الفسخ عَلَيْهِ ابتداء، وبقي عَلَيْهِ أَيْضاً، وَإِذا صحَّ وجب تسليم الْجَارِيَة، فَإِذَا عجز وجب [تسليم][1] قيمتها.

وَقَالَ: لَا بَأْسَ فِي السلم فِي الجوز والبيض والفلوس عدداً.

وَقَالَ: صغير البيض وكبيره سواء، لِأَنَّ الصَّغِير والكبير فِي ذَلِكَ سواء باصطلاح النَّاس، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ معلوماً بلا تفاوت فصح السلم فِيهَا.

ومسألة الفلوس قول أَبِي حَنِيفَةَ [وأبي ويُوسُفَ][2] ﷺ، لِأَنَّ ثمنية الفلوس تبطل باصطلاح العاقِدين عَلَى قولَهُما.

فأمَّا عند محمَّد ﷺ فَلَا تبطل الثمنية فَلَا يصح السلم.

وَإِنَ أَسْلَمَ فِي الجوز كيلاً صحَّ خلافاً لزفر ﷺ، لِأَنَّهُ مِمَّا يعلم بالكيل، وَلَا تفاوت إِلَّا باعتبار الصغر والكبر الَّذِي هُوَ هدر.

---

(١) فِي ب: تسليم

(٢) فِي ب

٧٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الثَّوبَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَا يَعْلَمُ مَا الذِّرَاعُ؛ قَالَ: البَيْعُ فَاسِدٌ. فَإِنْ عَلِمَ بِالذِّرَاعِ فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: جَائِزٌ عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَيَلْزَمُهُ الثَّوبَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ.

وأصل هَذِهِ المسألة: أنَّ مذهب أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ جملة الثَّمَن إِذَا لَمْ تكن معلومة يبطل البيع، مثل أن يبيع هَذِهِ الأغنام كل شاةٍ بعشرةٍ، وَلَمْ يبين جملة الثَّمَن وَلَا جملة الغنم.

وقالا: هُوَ جائزٌ، فَكَذَلِكَ هَذَا، وجه قولَهُما إنَّ طريق المعرفة قائمٌ مِنْ غَيْرِ أن ينفرد بِهِ أحد العاقدين، وقيام طريق المعرفة(١) بِمَنْزِلَةِ قيام المعرفة لجواز البيع كما قلنا، فِيمَنْ بَاعَ عَبْداً بوزن هَذَا الحجر ذهباً.

ووجه قولَهُ: أنَّ الثَّمَن مجهولٌ يفسد البيع، كالبيع برقمه، وفصل الحجر غير مسلَّم، فإن عَلِم بِذَلِكَ صحَّ، وَلَمْ يقيد بالمجلس.

والصحيح أَنَّهُ إِنَّمَا يجوز إِذَا علم ذَلِكَ فِي مجلس العقد، فأمَّا بعد الافتراق فَلَا، لِأَنَّ إعلام الثَّمَن شرطٌ داخل فِي صلب العقد، ولساعات المجلس حكم الابتداء، فأمَّا بعد المجلس فبطريق الاصلاح(٢) والرفع يجوز، وَلَا سبيل إِلَيْهِ.

وقولَهُ: (ما الذرع)(٣) أي ما مبلغه.

---

(١) فِي أ: الحجة

(٢) فِي ب: الاصطلاح

(٣) فِي ب: وَلَا يعلم ما الذرع

٧٥٠- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الطعام كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ أَنَّ البَيْعَ وَقَعَ عَلَى القَفِيزِ، فَإِنْ كَانَ كَالَهُ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ جَائِزٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: البَيْعُ جَائِزٌ عَلَى الطَّعَامِ كُلِّهِ، كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ.

وَهُـوَ عَلَى وجهين: إِمَّا أَنْ يَقُولَ: (بعت مِنْكَ هَذَا الطعام كُلُّ قَفِيز بِدِرْهَمٍ) أَوْ يَقُولَ: (بعتك كُلُّ قَفِيزٍ من هَذَا الطعام بِدِرْهَمٍ).

والجـواب فيهما واحدٌ، لِأَنَّ البيع فِي الـكل لَا يَجُوزُ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لما سبق.

فَـإِذَا تعذر ذَلِكَ وجب الصرف إِلَى الأدنى بِمَنْزِلَةِ قول الرَّجُل: (آجرتك هَذِهِ الدار كل شهرٍ بِدِرْهَمٍ) والبيع فِي قفيزٍ وَاحِدٍ جائزٌ إِلَّا أن يكيله فِي المجلس ويعلمه ويُسلّمه، فيجوز فِي الكل.

وَلَوْ كَانَ هَذَا فِي الغنم وَمَا أشبهها كَانَ فَاسِدَاً بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّ البيع فِي شاة من القطيع باطلٌ، فإن علم فِي المجلس صحَّ.

وعندهما: كل ذَلِكَ صحيحٌ.

ووجـب الخيار عند أَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ لما قلنا، ونـصّ أن لَا خيار عندهما فِي فصل الذرعان.

٧٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـتَرِي السَّـمْنَ فِي الزقِّ كُل رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ، وَوزن الزقِّ وَالسَّـمْنِ مِائَةُ رِطْلٍ وَدَفَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي،

فَجَاءَ الْمُشْـتَرِي بِالزِّقِ فَقَـالَ: وَجَدَتُ الزِّقَ عَشْرَة أَرْطَالٍ، وَهُوَ هَذَا وَالسَّـمْنَ تِسْـعِينَ رِطْلاً، وَقَالَ البَائِع: كَانَ زِقِي خَمْسَـةُ أَرْطَالٍ وَهُوَ غيرُ هَذَا. قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي الزِّقِ وَالسَّمْنِ وَفِي وَزْنِ الزِّقِ.

فَقَدْ وقع الاختلاف فِي مقدار الثَّمَن، قَالَ البَائِع: هُوَ خمسة وتسعون.

وَقَالَ الْمُشْتَرِي: هُوَ تسعون، وَلَمْ يجب التحالف، ووقع فِي وزن الزق، وَفِي تعيينه.

وَقَدْ جَعَلَ القول قول الْمُشْـتَرِي فِي ذَلِكَ كُلِّهِ لِأَنَّ مرجع ذَلِكَ كله إِلَى معرفة عين الزق، فإِنْ كَانَ هَذَا هوَ فالأمر عَلَى ما ادَّعَى الْمُشْتَرِي فرجعنا إِلَى الأصل.

والْمُشْـتَرِي هُوَ القابض فيقبـل قولَهُ فِي تعيين ما قبض كمـا قلنا فِي المودع والغاصب، أنَّ قول كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا أَخَذَ إِذَا جاء بِهِ يرده، لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْهُ يُستفاد، فَكَذَلِكَ هنا.

٧٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً مِنْ رَجُـلٍ وطوقاً مِنْ فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ فِي عُنُقِهَا، وَفِي الطَوْقِ أَلْفُ مِثْقَالِ فِضَّةٍ بِأَلْفَي مِثْقَالِ فِضَّةٍ، وَنَقَدَ أَلْفَ مِثْقَالِ فِضَّةٍ؛ قَالَ: هُوَ حصة الْفِضَّةِ.

لِأَنَّ قبـض حصـة الْفِضَّـة فِي المجلس واجبٌ شـرعاً، وقبـضُ الباقي لَيْسَ بواجـبٍ فِي هَذَا المجلس، والتسـليمُ واجـبٌ مطلقٌ، وَلَا تعـارض بين الواجب وغيره، والظن بالمسلم أن يؤدي ما عَلَيْهِ للشرع.

[قَالَ: وَكَذَلِكَ لو اشتراها بألفي مثقال فضة، ألف مِنْهَا إِلَى أجل، وألف حالة، فالألـف الحالة حصة الْفِضَّة أَيْضَاً لما ذكرنا أنَّ الشـرع حرم التأجيل فِي الصرف، وأطلقه فِي غَيْرِه.

والذي يظن بالمسلم أن لَا يميل إِلَى ما هُوَ باطل، فحُمل أمره عَلَى الصلاح، وليكون ما سُلِّم منصرفاً إِلَى الواجب أَيْضَاً][1].

(١) فِي ب

[بَابُ الحُقُوقِ الَّتِي تَتبَعُ الدَّارَ وَالمَنْزِلَ]

٧٥٣- **مَسْأَلَةٌ**

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى منْزِلاً فَوْقَهُ مَنْزِلٌ؛ قَالَ: لَا يَكُون لَهُ العلو إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهِ أَوْ مِنْهُ.

٧٥٤- قَالَ: لو اشْتَرَى بَيْتَاً فوقه بيتٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ العلو وإِنْ كَانَ قَالَ بِكُلِّ حَقٍ هُوَ لَهُ.

٧٥٥- قَالَ: وَإِنَ اشْتَرَى دَارَاً فَلَهُ علوها والكنيف، وَلَمْ يكن لَهُ الظُلة إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِكُلِّ حَقٍ هُوَ لَهَا أَوْ بِمَرَافِقِهَا، أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا أَوْ مِنْهَا.

والمنزل: اسمٌ لما يشتمل عَلَى مرافق السكنى، لَكِنَّهُ قاصرٌ لَيْسَ فِيهِ منزل الدواب، وَمَا يجري مجرى ذَلِكَ، والدار: ما يحيط بِذَلِكَ كله، والبيت: ما يبات فِيهِ لَا غير.

والجواب فِي ذَلِكَ [كله][1]: أَنَّ العلو يدخل فِي الدار مِنْ غَيْرِ نصٍ باسمه الخاص، [وَلَا بذكر الحقوق][2]، وَفِي المنزل يدخل بذكر الحقوق، [وَفِي البيت لَا يدخل إِلَّا باسمه الخاص][3].

---

(١) فِي ب: كله

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

وَأَمَّا اسـم الدار فمشـتمل عَلَى كل ما يدخل فِي الحـدود والعلو وغيره من توابع الأصل وأجزائه، وَأَمَّا البيت فاسـمٌ لما يبات فِيهِ والعلو مثله بلا تفاوت، فَلَمْ يكن من أجزائه، وَلَا توابعه، فَلَمْ يدخل باسم التوابع.

وعلو المنزل يشـبه السِـفل مِنْ وَجْهٍ، ولكنه لَا يعدله وَلَا يماثله فِي احتمال السـكنى، فَصَارَ تابعاً مِنْ وَجْهٍ أصلاً مِنْ وَجْهٍ، فإن ذكره باسـم الاتباع يدخل، وَإِنَ سـكت لَمْ يدخل، وَإِنَ نص فَلَا شك أَنَّهُ يدخل، والكنيف من أجزاء الدار فيدخل، وَأَمَّا الظلة فَلَا يدخل عنده بِكُلِّ حَالٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: تدخل إِنْ كَانَ مفتحها إِلَى الدار داخل، لِأَنَّهَا هنا من الدار.

وَقَـالَ أَبُو حَنِيفَـةَ رحمه الله: لَا تدخل لِأَنَّهَا خارجةٌ عن المحدود، فأشـبه الطَّرِيق الخارج.

٧٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى الْبَيْتَ مِنْ الدَّارِ أَوْ الْمَـنْزِلَ مِنْهَا أَوْ الْمَسْـكَنَ. قَالَ: لَا يَكُـون لَهُ الطَّرِيق إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ، أَوْ بِمَرَافِقِهِ، أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهِ أَوْ مِنْهُ.

وَهَذَا لِأَنَّ الطَّرِيق خـارجٌ عن المحدود، لَكِنَّهُ من التوابع فَلَا يدخل إِلَّا بذكر التوابع، وَكَذَلِكَ الشـرب والمسيل، وَهَذَا بخلاف الإجارة، فإنَّ كل هَذِهِ الجملة تدخـل فِـي ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ ذكـر، لِأَنَّ التحري للجواز واجـبٌ، وَلَا يحصل الجواز فِي الإجارة إِلَّا بالشـرب والطريق والمسـيل، وَلَا انتفاع إِلَّا بهذه الجملة فدخلت

ضرورة، وَلَا ضرورة فِي البيع لِأَنَّهُ غير مشروعٍ للانتفاع لَا محالة، وَلِأَنَّهُ احتياطٌ لَا ينافي الملك، وههنا ينافي.

٧٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ فِي شَيْءٍ لِحَمْلِهِ مؤنةٌ، فَوَصَفَهُ وَأَجلَّهُ ونَقَدَ رَأْسَ الْمَالِ؛ قَالَ: لَا يَصِحُّ، حَتَّى يُبَيِّنَ الْمَكَانَ الَّذِي يُوفِيهِ فِيهِ. وإِنْ كَانَ شَيْءٌ لَا مَؤنَةَ فِي حَمْلِهِ فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانُ إِيفَائِهِ، وَيُوفِيهِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: مَا لَا مَؤُنَةَ لَهُ وَمَا لَهُ مَؤُنَة سَوَاءٌ، وَيُوفِيهِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي يُسْلِمُ فِيهِ.

وَهَذَا الجواب خلاف ما أجاب مشايخنا فِي الَّذِي لَا مؤنة لَهُ، لأنَّهم قالوا: فِيهِ يوفيه فِي أي مكان شاء، وَلَا يتعين مكان العقد، وَلَا يتعين المكان بالشرط، وَقَدْ ذكرنا فِي هَذَا البَابِ أنَّ مكان العقد يتعين، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي الأصل أَيْضاً.

وَإِنَّمَا اختار مشايخنا الجواب الَّذِي حكينا فِي كِتَاب الإجارات لِأَنَّهُ قَالَ هناك ويوفيه فِي أي مكان، فَصَارَ فِي ذَلِكَ روايتان، وَعَلَى هَذَا الاختلاف الأجرة فِي الإجارات، وَذَلِكَ منصوص فِي كِتَاب الإجارات، إِذَا كَانَ الشيء الَّذِي جَعَلَ أجراً ديناً ولحمله مؤنة عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لَا يصح إِلَّا بتعيين مكان الإيفاء، وعندهما يجوز مِنْ غَيْرِ تعيينٍ، وتتعين الدار فِي إجارة الدار، ويتعين مكان تسليم الدَّابَّة فِي إجارة الدواب.

وَعَلَى هَذَا الاختلاف القسمة إِذَا وقع[١] فِي أحد النصيبين غرس [أَوْ بناء][٢]

(١) فِي أ: دَفَعَ

(٢) فِي ب

فزادوا فِي القســم الآخر مكيلاً أَوْ موزوناً ديناً لحمله مؤنة، فإن مكان الإيفاء عَلَى هَذَا الاختلاف.

وَكَذَلِـكَ إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ ثمناً فِي البيــع وَهُوَ دين فعلى الاختلاف، لِأَنَّ النَّص فِي الأجرة نصٌ فِي ثمن البيع، لِأَنَّ الأجرة ثمنٌ.

وَقَدْ قَالَ بعض مشــايخنا: أَنَّهُ لَا يشترط تعيين المكان فِي الأثمان بِالْإِجْمَاعِ، وَهُوَ غلطٌ.

وجــه قولَهُما: أنَّ كل دينٍ لَمْ يعين مكانه بالشــرط تعين مكان ســبب وجوبه كدين القرض والغصب، وَعَلَى هَذَا الوجه لَا يسلم مَا لَا مؤنة لَهُ.

وَإِنَ سلمنا قلنا ما يفيد تعيين مكانه تعيينٌ لَهُ سبب الوجوب كما قلنا.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ مكان التســليم لَيْسَ من مقتضيات العقد، فَلَا يثبت مِنْ غَيْرِ شرط كتعيين الصفة.

وَإِنَّمَــا قلنا هَــذَا لِأَنَّهُ يختلف بِهِ قيم الأموال فَصَــارَ كالصفة، ومقتضى العقد يكون قائماً بالعقد متصفاً بِهِ.

وَأَمَّا مَا لَا حمل لَهُ وَلَا مؤنة فَلَا يشترط تعيين مكانه، لِأَنَّهُ لَيْسَ من مقتضيات العقد.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يثبت بالشرط، وَلَهُذا لَا يتعين لَهُ مكان العقد فِي رواية لما قلنا.

ووجــه هَــذِهِ الرواية والأصل أنَّ تعيين مكان التســليم فِيمَا لَا مؤنة فِي حمله قَدْ يفيد، لِأَنَّهُ يزول خطر الطَّرِيق عن رَبّ السلم، فوجب أن يتعين مكان السبب.

والفــرق لأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ بينه وبين الْأَوّل أنَّ تعيين المكان فِيمَا لَهُ مؤنة تعيين

لصفــة العَقْــد، لِأَنَّهُ إِذَا عُين لَهُ مكان تخف مؤنته عَلَى رَبّ الســلم كَانَ رخصاً فِيمَا اشْتَرَى وربحاً، وَإِذا عظمت المؤنة كَانَ غلاءً فِي حقه ووضيعةً.

وصفة العقد لَا تثبت مِنْ غَيْرِ إيجاب، فأمَّا سـلامة الطَّرِيق والأمن عَنْهُ فَلَيْسَ من العقد فِي شَيْءٍ فَلِذَلِكَ لَمْ يصر موقوفاً عَلَى شرط العاقد.

والجواب عن اعتبار السـبب أَنَّهُ لَا عبرة بالسـبب، وَإِنَّمَـا العبرة بالوجوب، فكل مكان صَارَ ظرفاً لحلول الوجوب بِهِ بواسـطة من عَلَيْهِ [صَارَ][1] أحق بِهِ من غيره كما فِي القرض والغصب، وَذَلِكَ مجهولٌ فِي السلم لَا يدرى أين يحل.

أَلَا تَـرَى أَنَّ بيع العين لَا يعتبر السـبب، وَإِنَّمَا يعتبر مكان البيع لِأَنَّ تسـليمه يحل بِهِ، وَهُوَ ظرفـه؟ ولأنَّ القرض والغصب يوجب المثل، ومن قضيته المماثلة اعتبار مكان السبب وَلَا مماثلة هنا.

٧٥٨- وَقَالَ: فِي الرَّجُـلِ يَبِيعُ الدَّارَ وَلَهُ عَبْدٌ [مَأذُونٌ][2] عَلَيْهِ دينٌ، وَهُوَ شَفِيعُهَا، قَالَ: يَأْخُذُهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَاهَا العَبْدُ والْمَوْلَى شَفِيعُهَا.

لِأَنَّ الأخذ بالشـفعة بِمَنْزِلَةِ الشـراء من الْمُشْـتَرِي إِذَا أخذها من الْمُشْـتَرِي، وشراء أحدهما من صاحبه صحيحٌ.

فَكَذَلِـكَ الأخـذ بالشـفعة والأخـذ مـن البَائِـع يقـدم عَلَـى الْمُشْـتَرِي، والعبد المديون[3] ينفـرد بحقه فصح التقدم مِنْهُ عَلَى الْمَوْلَى، وصح تقدم الْمَوْلَى عَلَيْهِ أَيْضاً.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: المأذون

٧٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الدَّارِ فَيَرَى خَارِجهَا أَوْ يَشْتَرِي الثِّيَاب فَيَرَى ظُهُورَهَا وَمَوَاضِعَ الطَّيِّ مِنْهَا؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ.

والأصل أنَّ شراء ما لَمْ يره الْمُشْتَرِي صحيحٌ، وَلَهُ الخيار لخللٍ فِي الرضا.

وإِنْ كَانَ يراه تم الرضا فَلَمْ يجب الخيار، والرؤية لَا تكون مستوعبه لاستحالة ذَلِكَ وتعذره، وَإِنَّمَا المعتبر عيان ما يعرّف حال سائر الأجزاء.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا رأى وجه الْجَارِيَة كفى ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يعرف ما وراءه، ورؤية مقدم الدَّابَّة ومؤخرها جَمِيْعَاً يعرف ما وراء ذَلِكَ، والنظر إِلَى مواضع الطيّ من الثِّيَاب إِذَا كَانَتْ مستوية يقع عَلَى جزءٍ من كل ثوبٍ فيعرف ما وراء ذَلِكَ، فيصير بِمَنْزِلَةِ عيان الكل، وَلَوْ كَانَتْ مختلفة حَتَّى غاب عن بصره طرف بعضها، فَلَهُ الخيار فِي الكل، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي حُزَم الكواغد[1].

وَقَالَ فِي رؤية الدار من خارج أَنَّهُ يبطل الخيار، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي كِتَاب القسمة فِي البستان أنَّ رؤية الأشجار من البستان[2] يمنع الخيار.

وَقَالَ مشايخنا: هَذَا فِي عرفهم، فإنَّ الباطن لَا يخالف الظاهر فيقع التعريف، فأمَّا فِي بلادنا فإن الباطن يخالف الظاهر فَلَا بُدَّ من وقوع البصر عَلَى الباطن.

وَقَدْ ذكرنا أنَّ بيع الآبق لَا يَجُوزُ بحال، وَإِنَّمَا يصح فِي حق من لَيْسَ بآبقٍ فِي حقه.

---

(١) الكواغد جمع كاغد: هُوَ الورق

(٢) فِي ب: من الخارج

٧٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ كُرّاً مِنْ طَعَامٍ وَأَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ فِي غَرَائِرِ الْمُشْتَرِي فَفَعَلَ، والْمُشْتَرِي غَائِبٌ؛ قَالَ: هَذَا قَبْضٌ. وَإِنَ أَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ فِي جَانِبِ بَيْتِ الْبَائِعِ فَفَعَلَ، والْمُشْتَرِي غَائِبٌ لَمْ يَكُنْ قَابِضاً.

يريد بِهِ إِذَا كَانَ الطعام عيناً.

ثُمَّ قَالَ فِي السَّلَم: إِذَا أمره أن يكيله فِي غرائر[١] الْمُشْتَرِي ففعل لَمْ يَكُنْ قبضاً.

أَمَّا فِي شراء العين، فإن أَمَرَ الْمُشْتَرِي بالكيل تناول ملكه يصح، ولما صحَّ صَارَ البَائِع وكيله فِي إمساك الغرائر فبقيت فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَصَارَ الواقع فِيهَا واقعاً فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، وَلِذَلِكَ صحَّ الكيل عند غيبة الْمُشْتَرِي، لِأَنَّهُ صَارَ حاضر عَلَى هَذَا التقدير.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الغرائر لِلبَائِعِ فَقَدْ روي عن محمَّد ﷺ أَنَّهُ لَا يصير قابضاً لِأَنَّ الْمُشْتَرِي صَارَ مستعيراً لَمْ يقبض فَلَمْ تصح العارية وَلَا يصير واقعاً فِي يَدِهِ، أَمَّا فِي السلم فإنَّ أمره تناول عيناً مملوكة لِلبَائِعِ فَلَمْ يصح، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ صَارَ البَائِع مستعيراً لَا مودعاً فانقطعت يد الْمُشْتَرِي عَنْهَا فَلَمْ تقع فِي يَدِهِ، وَذَلِكَ كالْمُشْتَرِي فِي العين إِذَا أَمَرَ البَائِع بالطحن ففعل كَانَ الدقيق لِلْمُشْتَرِي، وَفِي الدين الدقيق لِلبَائِع لما قلنا فَكَذَلِكَ هَذَا، وَلَوْ استوفاه فِي الدين صَارَ مستبدلاً، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الدَّرَاهِم إِذَا دَفَعَ الكيس ليزن فِيهِ لَمْ يصر قبضاً.

---

(١) الغرارة وعاء من الخيش ونحوه، يوضع فِيهِ القمح وغيره وَهُوَ أكبر من الْجُوَالِق، والجمع غرائر.

وَأَمَّا فِي الكيل فِي جانب بيت البَائِع فَلَيْسَ بقبض فِي العين أَيْضَاً لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مستعيرٌ لَمْ يقبض، وَذَلِكَ موافقٌ لما روينا عن محمَّد ﷺ.

[مطلب: في اجتماع العين والدين والغرائر للمشتري]

فإن اجتمع العين والدين والغرائر لِلْمُشْتَرِي فإن بدأ البَائِع [بالعين][1] صَارَ الْمُشْتَرِي قابضاً للكل.

أَمَّا العين فَلَمَّا قلنا، وَأَمَّا الدين فلأنَّه خلطه بماله وصار كالرجل استقرض كُراً من طعامٍ وأمره أن يزرعه فِي أرضه صحَّ، وصار صاحب الأرض قابضاً.

وكما قَالَ فِي الصرف فِي رَجُلٍ دَفَعَ ديناراً وأمر الصائغ أن يزيد مِنْ عِنْدِهِ نصف دينار أَنَّهُ يصير قرضاً، ويصير بالخلط قابضاً.

فأما إِذَا بدأ بالدين لَمْ يصر قابضاً لَهُ، ثُمَّ صَارَ خالطاً للعين بمالِ نفسه، فَصَارَ مستهلكاً، والبائع إِذَا استهلك المبيع قبل التسليم انتقض البيع، وَهَذَا عند أَبِي حَنِيفَةَ.

وعندهما إِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي شاركه فِي المخلوط بقدر كيل العين، فيبقى البيع عَلَى العين، وَإِنَ شاركه فينتقض وَهُوَ قياس مسألة الخلط فِي كِتَاب الصرف والوديعة.

٧٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلَيْنِ اشتريا عَبْدَاً عَلَى أَنَّهما بِالْخِيَارِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا قَدْ رَضِيتُ؛ قَالَ: لَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ.

---

(١) فِي ب

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّ نَصِيبَهُ، وَكَذَلِكَ هَذَا الاخْتِلَافُ فِي خِيَارِ العَيْبِ وَخِيارِ الرُّؤيَةِ.

وجه قولَهُما: أَنَّهُ يرد جميع ما لَهُ فِيهِ الخيار فيصح كما إِذَا كَانَ الخيار لَهُ خاصّة دون صاحبه، وَهَذَا لِأَنَّ الخيار شُرع للنظر فَلَا يَجُوزُ إثباته عَلَى وجه فِيهِ التزام الضرر.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ هَذَا الذي يريد الرد إِنَّمَا يرده بعيبٍ حادثٍ فَلَا يَجُوزُ، كما إِذَا حدث عنده عيبٌ آخر، وَهَذَا لِأَنَّ يد البَائِع كَانَتْ مجتمعة، فَإِذَا جاءت متفرقة كَانَ عيباً حادثاً.

فأمّا قول رد جميع ما اشْتَرَى، قلنا: ملك البَائِع ويده كانا جَمِيْعَاً، وَإِنَّمَا جاء الافتراق ضرورة افتراق العاقدين بالتفريق[1] من البَائِع.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو انفرد أحدهما بالقبول لَمْ يجز، وَلَوْ أَدَّى ما عَلَيْهِ من الثَّمَن لَمْ يقبض شَيْئاً؟ وَلَوْ كَانَ متفرقاً بتفريق البَائِع لملك ذَلِكَ كله، كما لو فرق البَائِع التسمية، وَلَوْ فرق التسمية لَا ينفرد كل واحد مِنْهُمَا بالرد.

٧٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ، وَهَذَا بيع الفقراء، ومن كسدت بضاعته.

وأصله أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ قدح رجلٍ وكساءه بِبَيْعِ من يزيد، وَإِنَّمَا يراد بهذا

(١) فِي ب: لَا بالتفريق من البَائِع

أَنَّهُ خارجٌ عن نهي رسـول الله ﷺ: (لَا يستام الرَّجُلُ عَلَى سَـوْمِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ)[١]، لِأَنَّ فعل النَّبي ﷺ أوجب استثناءً عن النهي، فَظَهَرَ أَنَّ النهي ورد فِيمَا إِذَا سكن قلبُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وتأكد هَذَا الأمر وظهرت الموافقة.

فأمَّا قبل ذَلِكَ فَلَا بَأْسَ، ومسألتنا من القسم الثَّانِي.

وَجَاءَ فِي حديث فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنَّها قالت: يا رسول الله إنَّ معاوية وأبا الجهـم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يخطبانني فما ترى، فَقَالَ النَّبي ﷺ: (أَمَّـا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، انْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)، قَالَتْ فَفَعَلتُ فَرَأَيتُ مِنْهُ خَيراً كَثِيراً[٢].

فثبتت بهذا أن التوفيق ما قلنا.

٧٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ادَّعَى فِي دَارٍ [فِي يَـدِ] رَجُـلٍ دَعْوَى فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِـكَ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ، ثُمَّ اسْـتُحِقَّتْ الدَّارُ إِلَّا مَوْضِعَ ذِرَاعٍ؛ قَالَ: لَا يَرْجِع عَلَيْهِ فِي المائة بِشَيْءٍ، فَإِنْ كَانَ ادَّعَى الدَّارَ كُلَّهَا ثُمَّ اسْتُحِقَ شَيْءٌ رَجَعَ فِي الْمِائَةِ بِحِصَّةِ مَا اسْتُحِق.

---

(١) رواه أحمد فِي مسنده برقم/ ٩٣٣٤/ ، وبلفظ (لَا يسومُ الرّجلُ عَلَى سوم أخيهِ المسلمِ وَلَا يخطبُ عَلَى خطبتهِ).

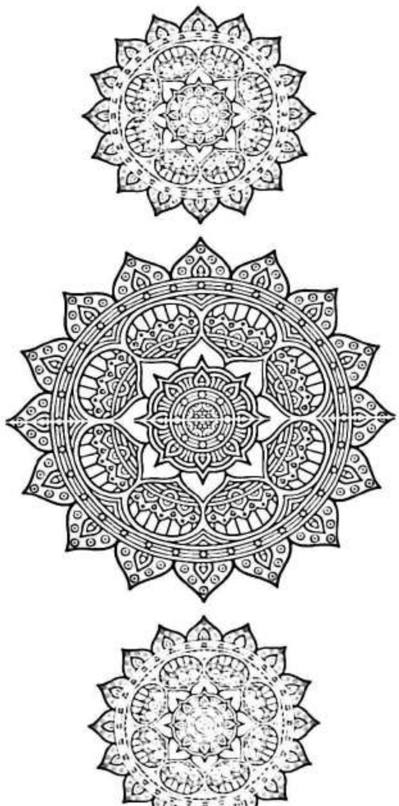
(٢) رواه مسـلم برقم/ ٣٧٧٠/ ، وبلفظ (أمَّا أبو جهمٍ فَلَا يضعُ عصـاهُ عنْ عاتقهِ وَأَمَّا معاويةُ فصعلوكٌ لَا مالَ لهُ انكحى أسـامةَ بنَ زيدٍ)، وابن حبان برقم/ ٤٠٤٩/ ، وأبو داود برقم/ ، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٩١٣/ ، والبيهقي برقم/ ١٣٥٥٢/ .

أَمَّـا فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى فَقَدْ وقـع الصلح من مجهولٍ عَلَى معلـومٍ، وَذَلِكَ صحيحٌ عندنا.

فَإِذَا اسـتحقت إِلَّا موضع ذراع لَمْ يَكُنْ هَذَا الاستحقاق مناقضاً [ومنافياً](١) للصلـح لِأَنَّ التوفيق قائمٌ، لِأَنَّ المصالح تقول إِنَّمَا عنيتُ بهذه الدَّعْوَى هَذَا الباقي فَلَا يجب الرجوع إِلَّا أن يستحق الكل، فأَمَّا إِذَا ادَّعَى الكل فإِنَّ التوفيق غير ممكنٍ فَلِذَلِكَ وجب الرجوع.

(١) فِي ب

١٤- بَابُ الْكَفَالَةِ



[بَابُ الرَّجُلَينِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْمَال]

٧٦٤- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُتَفَاوِضَيْنِ يَفْتَرِقَانِ وعَلَيْهِما دَيْنٌ؛ قَالَ: لِأَصحَابِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيُّهُمَا شَاؤُوا بِجَمِيعِ الدَّيْـنِ، فَإِنْ أَدَّى أَحَدُهُمَا [شَـيْئاً][١] لَمْ يَرْجِعْ عَلَى شَرِيكِهِ بِشَيْءٍ حَتَّى يَزِيدَ الْمُؤَدَّى عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعُ بِالفَضْلِ.

وأصلـه أَنَّ الْمُفَاوَضَة شـركةٌ عامةٌ فِي كل مالٍ، وَهِـيَ صحيحةٌ عندنا، وَإِنَّمَا يُبنى عَلَى ثَلَاثَة أشياء:

التوكيل من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا [لـ]صاحبه فِيمَا كَانَ من أعمال التِّجَارَة وتوابعها، وَالْكَفَالَـة بِمَا كَانَ من ضمان التِّجَارَة وعلائقها، والاستواء فِي جنس رأس الْمَال ابتداء وانتهاء، ومرجع ذَلِكَ كله إِلَى أَنَّ الْمُفَاوَضَة لما كَانَتْ شـركةٌ عامةٌ يثبت بِهَا الاسـتواء، وصيغة العقد موجبة[٢] الاسـتواء أَيْضاً، وجب القـول بِمَا قلنا تحقيقاً للاسـتواء، فَإِذَا كَانَ عَلَيْهِما دينٌ من تجارتهما بأن اشتريا شَيْئاً ونحو ذَلِكَ كَانَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلاً عن صاحبه بِذَلِكَ، فإن أَدَّى أحدهما شَيْئاً لَمْ يَرْجِع عَلَى شريكه حَتَّى يزيد المؤدى عَلَى النصف، وَذَلِكَ لوجهين:

أحدهما: أَنَّ المؤدى عَلَى الإطلاق يحتمل أن يقع عن هَذَا وعن هَذَا، ولكن لَا تعـارض بين مـا عَلَيْهِ بحق الْكَفَالَـة [وبين ما عَلَيْهِ بحق الأصـل][٣]، لِأَنَّ ذَلِكَ

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: توجب

(٣) فِي ب

حقيقـة الدين، وَهَذَا حق مطالبه بِذَلِكَ الدين، فوقع الأداء عن حقيقة الدين، وَلِأَنَّهُ لـو جَعَلَ شَـيْئاً مِمَّا أَدَّى عن صاحبه لَمْ يسـلم عن المناقضـة، لِأَنَّ صاحبه يقول: أداؤك كأدائي إن رجعت علي وأنا كفيلٌ عنك أَيْضَاً، فأنا أجعله عنك، فَإِذَا لَمْ يسلم عـن المناقضة بطل فوقع عن [نفسـه][1]، فَإِذَا زَادَ عَلَـى النصف فَلَيْسَ فِي الفضل عَلَيْهِ معارضة وَلَا مناقضة، فوقع ذَلِكَ عن صاحبه.

٧٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلَيْنِ اشـتريا عَبْدَاً بِأَلْـفِ دِرْهَـم عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ صَارَ عَـنْ صَاحِبِهِ، إنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُؤْخَذُ بِالْمَالِ كُلِّهِ، لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ، وَفِي النِّصْفِ كَفِيلٌ. فَإِذَا أَدَّى أَحَدُهُمَا شَيْئاً لَمْ يَرْجِعْ عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى يَزِيدَ الْمُؤَدَّى عَلَى النِّصْفِ لِمَا قُلْنَا.

ومسألة الْمُتَفَاوِضَيْنِ من الخواص.

٧٦٦- وَقَالَ فِي رَجُلَيْنِ كَفِلَا عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَم عَلَى أَنَّ وَاحِدَاً مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ، فَـأَدَّى أَحَدُهُمَا شَيْئاً، قَالَ: لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِنِصْفِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ بِذَلِكَ كُلِّهِ.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَعَلَ كَفِيلاً عن صاحبه بالمال كله، ذكره فِـي الأصل، وهاهنا أطلقه فانصرف إِلَى ذَلِـكَ أَيْضَاً، ومن ضرورة ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَـا كَفِيلاً بالمال كله عن الأصيـل ثُمَّ عن صاحبه أَيْضَـاً، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ من قضيته الاسـتواء، فَإِذَا أَدَّى أحدهما شَـيْئاً وقع ذَلِكَ شائعاً إذ لَيْسَ

(١) فِي ب

بعضــه فَـوْق بعض، بَلْ هُوَ كفالة كله بخلاف ما سـبق، ولأنَّ من قضية هَذَا العقد الاسـتواء، فَإِذَا رَجَعَ عَلَى شريكه بِالنِّصْفِ حصل الاستواء فَلَمْ يكن بعضه جائزاً، ثُمَّ يرجعان عَلَى الأصيل جَمِيْعَاً، وَإِنْ شَـاءَ المؤدي رَجَعَ عَلَى الأصيل بجميع ما أَدَّى لما قلنا.

٧٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَـنْ كَاتَبَ عَبْدَينِ لَهُ مُكَاتَبَـةً وَاحِدَة، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ، فَكُلُّ شَيْءٍ أَدَّى أَحَدُهُمَا رَجَـعَ عَلَى صَاحِبِـهِ بِنِصْفِـهِ، وَإِذا لَـمْ يؤد أحدهما شَـيْئاً حَتَّى أَعْتَـقَ الْمَوْلَى أحدهما، كَانَ لِلمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ البَاقِي أَيُّهُمَا شَاءَ، فإن أَخَذَ الْمُعْتَقُ رَجَعَ عَلَى الآخر، وَإِذا أَخَذَ الآخَرُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُعْتَقِ.

وَهَذَا العقد فِي القياس باطلٌ لِأَنَّهُ شـرط فِيهِ كفالـة الْمُكَاتَب، وَالْكَفَالَة ببدل الكتابـة، وكل ذَلِكَ باطلٌ، وَفِي الاستحسـان جائـزٌ لِأَنَّ تصحيح العقد ممكنٌ بأن يجعل الْمَال عَلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، والآخر تابعٌ لَهُ فِي حقه، كالمكاتِبة يكون عَلَيْهَا الْمَـال، والولد يتبعها، فَإِذَا احتمـل هَذَا جعل كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي حق نفسـه كَانَ الْمَـال عَلَيْهِ، فيصير كفالته بِمَا عَلَيْـهِ أصله، وكفالة المكَاتب بِمَا عَلَيْهِ أصله جائزةٌ، وَلَا يظهر حكم الْكَفَالَة، فَإِذَا صحَّ صارا سـواء فِي هَذَا، كل واحد مِنْهُمَا أصيلٌ فِي الـكل كفيلٌ عن صاحبه فِي حـق صاحبه بالكل، فَإِذَا أَدَّى أحدهما شَـيْئاً وقع عن جميع البدل لَا محالة فيقع عن صاحبه نصف ذَلِكَ لاستوائهما، فإن أَعْتَقَ أحدهما صحَّ، لِأَنَّهُ ملكه قَـدْ برئ عن النصف، لِأَنَّ الْمَال فِي الحقيقة مقابلٌ برقبتها، وَإِنَّمَا

جَعَـلَ كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَا [أصيلاً فِي الكل](1) احتيالاً لتصحيـح الضمان، فَإِذَا جاء العتق استـغنى عَنْهُ فاعتبر مقابلاً برقبتها فبرئ عن النصف، وَعَلَى الآخر النصف، ويؤخذ بِهِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بحق الْكَفَالَة، يؤخذ المعتق، والآخر يؤخذ لِأَنَّهُ أصيلٌ، وَإِنَّمَا أَخَذَ المعتق لِأَنَّ الْمَال كله لزمه، وَإِنَّمَا برئ عن النصف فبقي النصف، وجاز هَـذَا فِي بقاء الواجب، فَإِذَا أَدَّى رَجَعَ عَلَى صاحبه، وَإِنَ أَدَّى صاحبه فَقَدْ أَدَّى دين نفسه، فَلَا يَرْجِع عَلَى صاحبه.

۞ ۞ ۞

---

(١) فِي ب

[بَابُ كَفَالَةِ العَبْدِ وَالْكَفَالَةِ عَنْهُ]

٧٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى عَبْدِ رَجُلٍ دَيْنَاً، فَكَفِلَ رَجُلٌ بِنَفْسِ المَملُوكِ ثُمَّ مَاتَ المَملُوكُ؛ قَالَ: بَرِئَ الكَفِيلُ.

٧٦٩- وَإِنَ ادَّعَى رَجُلٌ عَنْ رَقَبَةِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَكَفِلَ رَجُلٌ بِنَفْسِ المَملُوكِ، ثُمَّ مَاتَ المَملُوكُ وَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ، قَالَ: عَلَى الكَفِيلِ قِيمَةُ المَملُوكِ.

والفرق بينهما: أنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى كفل بتسليم العَبْد عن العَبْد، فَإِذَا مَاتَ العَبْد سقط عن العَبْد تسليم نفسه إِلَى مجلس القَاضِي، فَإِذَا برئ المطلوب برئ الكفيل.

فأمَّا المسألة الثانية: فإنَّما كفل بتسليم رقبته عن المدعى عَلَيْهِ، فَإِذَا مَاتَ وقامت البينة فَقَدْ غرم المطلوب قيمة المملوك فَكَانَ عَلَى الكفيل ذَلِكَ لِأَنَّهُ قَامَ مقامه والتزم المطالبة بِمَا عَلَيْهِ، فَإِذَا انتقل ذَلِكَ إِلَى القيمة فِي حق المطلوب انتقل كَذَلِكَ فِي حق الكفيل أَيْضَاً.

٧٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ادُّعِي عَلَيْهِ مِائَةَ دِرْهَمٍ [عَلَى رَجُلٍ][1]، فَيَقُولُ لَهُ رَجُلٌ: أَنَا كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ لَمْ أُوافِكَ بِهِ غَدَاً

(١) فِي ب

فَعَلَيَّ المِائَةُ دِرْهَمٍ الَّتِي تَدَّعِي عَلَيْهِ؛ قَالَ: هَذِهِ كَفَالَةٌ جَائِزَةٌ، فَإِنْ لَمْ يُوافِ بِهِ غَداً فعَلَيْهِ المِائَةُ.

وأصله أنَّ الْكَفَالَة بالنَّفس جائزةٌ عندنا، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: باطلٌ لِأَنَّهُ التزامٌ مَا لَا يمكنه الوفاء بِهِ، لِأَنَّهُ لَا ولاية لَهُ عَلَيْهِ ليُسلمه، ولأصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إجماع الصحابة[1] رضوان الله عَلَيْهِم عَلَى ذَلِكَ، والضرورة العامة اللازمة فِي ذَلِكَ وَلِأَنَّهُ كفل بمضمون يمكن استيفاؤه من الكفيل، فصح كالكفالة بالمال، وَهَذَا لِأَنَّ الْكَفَالَة لالتزام المطالبة فِي وضعها.

أَلَا تَرَى أَنَّ الدين يبقى فِي ذمة المكفول عَنْهُ، والتسليم هنا مضمون إِلَى مجلس القَاضِي؟

فصح التزام المطالبة، ويمكنه أن يحتال فيُسلِّم، هَذَا امَرَ يشهد تصدقه العيان والعادة وَالْكَفَالَة بالنفس والمال جَمِيْعاً يصح إضافته وتعليقه بأمر متعارف يتضمن وثيقة وتأكيداً عندنا، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يصح ذَلِكَ فِي الْكَفَالَة بالمال، وَاحْتَجَّ بِأَنَّهُ التزام مال، فَلَا يصح تعليقه بالخطر، ولأنه تعليق فَصَارَ كالتعليق بشرطٍ محضٍ.

ولأصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: قول الله تَعَالَى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يُوسُف: ٧٢]، والزعيم الكفيل، وَقَدْ علقه بالشرط، وشريعة الأنبياء عَلَيْهِمُ السَّلَامُ لازمةٌ لنا، ولأنَّ الْكَفَالَة التزامٌ مبتدأٌ فأشبه الوصية من هَذَا الوجه، وفيه إيجاب مالٍ أَوْ ما يشبهه فأشبه ثمن المبيع، فقلنا أَنَّهُ يصح تعليقه بِمَا هُوَ متعارفٌ، وتعليق الضمان بعدم الموافاة وبالمبايعة، وَمَا يجري ذَلِكَ متعارف مؤكد فِي موضع الحاجة، فَكَانَ خارجاً عَلَى أصله.

---

(١) فِي ب: السلف

٧٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَــالَى، فِي أَحَدِ الْمُتَفَاوِضَيْنِ إِذَا كَفِلَ بِمَالٍ لَزِمَ صَاحِبَهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: إِنَّ هَذَا دينٌ لزم أحدهما بِمَا لَيْسَ بتجارةٍ، فَلَا يلزم الآخر كأرش الْجِنَايَة، ومهر الْمَرْأَة، وَهَذَا لِأَنَّ الْكَفَالَة تبرعٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يملكها من لَا يَمْلِك التبرع؟

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ ديـن الْكَفَالَة فِي معنى ضمـان التِّجَارَة، فَإِذَا لزم أحد الْمُتَفَاوِضَيْنِ أُخذ بِهِ شـريكه كدين القرض والغصب، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الْكَفَالَـة تقع تبرعاً، وتبقى عوضاً بدلالة الحقيقة والحكم، أَمَّا الحقيقة فلأنَّ الأداء لَا ينفـك عـن عوض، وَأَمَّا الحكم فلأنَّ المريض إِذَا أنشـأ كفالـة بِمَالٍ فِي مرض المـوت كَانَ وصية، وَإِذَا أَقَرَّ بِهَا فِي مرض الموت كَانَ معتبراً من رأس الْمَال، لِأَنَّ الإقرار يلاقي بقاءه، وَكَذَلِكَ الْكَفَالَة تلاقي حال البقاء أَيْضاً فكَانَ فِي معنى التِّجَارَة فأُخذ صاحبه بِهِ، وَهَذَا كالهبة بشرط العوض إن بقاءها فارق ابتداءها فَكَذَلِكَ هَذَا.

٧٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دينٌ مِـنْ ثَمَنِ مَتَــاعٍ حَالٍّ يَكْفُلُ بِهِ رَجُلاً حَالًّا، ثُـمَّ إِنَّ صَاحِبَ الْمَالِ أَخَّرَ الَّذِي عَلَيْــهِ الأَصْلُ؛ قَالَ: يَكُونُ تَأْخِيراً عَنْ الَّذِي عَلَى الْكَفِيلِ. وَإِنْ أَخَّرَ الدَّيْنَ عَلَى الكَفِيــلِ وَلَمْ يُؤَخِرْ عَنْ الأَصِيلِ أُخِــذَ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ بِالْمَالِ حَالًّا، أَمَّا إِذَا أَخَّرَ الْمَالَ عَنْ الأَصِيلِ تَأَخَّرَ عَنْ الكَفِيلِ لِأَنَّ الْمَالَ عَلَى الأَصِيلِ.

وَإِنَّمَـا عَلَى الكفيل المطالبة بِذَلِكَ الْمَال لاستحالة أن يحـل الْمَال الواحد ذمتين، أَوْ يصير مالين، والمطالبة تابعةٌ للدين، فَكَانَ من ضرورة تأخير الْمَال تأخير المطالبة بِذَلِكَ الْمَال.

أَلَا تَرَى أَنَّ من ضرورة إسقاط ذَلِكَ الدين إسقاط المطالبة بِهِ حَتَّى أن الكفيل يبرأ بإبرائه؟

فأمَّـا تأخيرهـا عَلَى الكفيل فَلَا يوجـب تأخير ما عَلَى الأصيـل لِأَنَّ ما عَلَى الكفيل تابعٌ فَلَيْسَ من ضرورته تأخير الأصيل كما لَيْسَ من ضرورة سقوطه سقوط الأصيـل، وَهَذَا بخلاف ما لو كفل بالمال الحالِّ مؤجلاً إِلَى شـهر، أَنَّهُ يتأجل عن الأصيل لِأَنَّ التأجيل مَتَى قارن الْكَفَالَة صَارَ داخلاً فِي نفس الْمَال، لِأَنَّ حال وجود الْكَفَالَة لاحقٌ يقبل الأجل إِلَّا الدين.

٧٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي عَبْدٍ كَفِلَ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ بِمَالٍ ثُمَّ عَتَقَ العَبْد فَأَدَّى الْمَالَ؛ قَالَ: لَا يَرْجِع عَلَى الْمَوْلَى بِشَيْءٍ. وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمَـال عَلَى العَبْدِ فَكَفِلَ عَنْهُ الْمَوْلَى بِذَلِكَ الْمَال بِأَمْرِهِ، ثُمَّ عَتَقَ العَبْد، ثُمَّ أَدَّاهُ الْمَوْلَى، لَمْ يَرْجِع عَلَى العَبْدِ بِشَيْءٍ.

وَهَذَا عندنا، وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: يَرْجِع كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لِأَنَّ الموجب للرجوع قَدْ وجد، وَإِنَّمَا كَانَ يمتنع الرجوع بمان، وَقَدْ زال.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الْكَفَالَة بأمر الأصيل من أسباب الرجوع، إِلَّا أنَّ المانع قيام الرق وَقَدْ زال، ولأصحابنا ﷺ: أَنَّ الْكَفَالَة وَقَعَتْ غير موجبةٍ للرجوع فَلَا

يثبت فِيهَا الرجوع أَبَدًا لأنَّ الْكَفَالَة لزمت وتعدت بِغَيْرِ إذنه ثُمَّ بلغه فأجازه أَنَّهُ لَا يَرْجِع عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْكَفَالَة لزمت وتعدت بِغَيْرِ أمره غير موجبة للرجوع، فَلَمْ يجب الرجوع بِهَا بحال، فَكَذَلِكَ هنا إِذَا كفل الْمَوْلَى عن عبده، فإنَّ الْمَوْلَى لَا يجب لَهُ عَلَى عبده دينٌ بحالٍ، فَلَا يجب للعبد عَلَى مَوْلَاهُ دينٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دينٌ.

٧٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ [دَيْنٌ][1] أَلْفُ دِرْهَم، يَكْفُلُ بِهَا رَجُلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، ثُمَّ يَأْمُرُ المَكفُولُ عَنْهُ الكَفِيلَ أَنْ يَتَعَينَ عَلَيْهِ حَرِيرًا؛ قَالَ: الشِّرَاءُ لِلكَفِيلِ، وَالرِّبْحُ الَّذِي رَبِحَهُ البَائِعُ عَلَيْهِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وتفسير هَذَا انَّ المكفول عَنْهُ أَمَرَ الكفيل [بالعينية][2] ثُمَّ لَمْ يجعل وكيلاً عَنْهُ وَلَا كَفِيلاً.

وأصل ذَلِكَ معرفة العينة الَّتِي كرهها رسول الله ﷺ قَالَ لأمته: (إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ وظهر عليكم عدوكم)[3]، والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) عند أبي داود بلفظ (إِذَا تبايعتمْ بالعينةِ وأخذتمْ أذنابَ البقرِ ورضيتمْ بالزّرعِ وتركتمُ الجهادَ سلّطَ اللهُ عليكمْ ذلاً لَا ينزعهُ حَتَّى ترجعوا إِلَى دينكمْ)، رقم/ ٣٤٦٤/ ، والبيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١١٠١٧/ .

[مطلب: في العينة]

وتفسير العينة: أن يأتي الرجلُ الرجلَ يستقرض مِنْهُ عشرة دَرَاهِمَ فيكره المقرض ويرغب عن القرض طمعاً فِي الفضل الَّذِي لَا يناله بالقرض ورغبة عن الإحسان، فَيَقُولُ لَيْسَ يتيسر لِي القرض لكني أبيعك هَذَا الثوب إن شئت باثني عشر درهماً، وقيمته فِي السوق عشرة فتبيعه أنت فِي السوق بعشرة، فيبيعه مِنْهُ باثني عشر، ثُمَّ يبيعه الْمُشْتَرِي فِي السوق بعشرة، فيحصل لرب الثوب ربح درهمين بطريق البيع، ويسمى عينة لِأَنَّهُ أعرض عن الدين إِلَى بيع العين، وَقَالَ بعضهم: لَا عينة إِلَّا بثالث، وَذَلِكَ أن يأبى أن يقرضه لَكِنَّهُ يبيع مِنْهُ ثَوْبَاً باثني عشر درهماً ثُمَّ يبيعه الطالب مِنْ رَجُلٍ أدخلاه بينهما بعشرة ثُمَّ يقبضه الرَّجُل فيبيعه من المطلوب الْأَوَّل بعشرة، ويدفع العشرة إِلَى البَائِع، ويدفعها بائعه إِلَى الطالب الْأَوَّل فيحصل لَهُ عشرة وعَلَيْهِ اثنا عشر للمطلوب، فيحصل غرضه فِي الربا [بطريق المعاوضة][1]، وكان محمد بن سلمة رحمه الله ببلخ يقول للتجار: إنَّ العينة الَّتِي جاءت فِي الحديث خيراً من بياعاتكم هَذِهِ، فَإِذَا ثبت هَذَا فإنَّ المكفول عَنْهُ إِذَا قَالَ تعين علي حريراً لَمْ يَكُنْ هَذَا وكالة، لِأَنَّهُ لَمْ يقل تعين لِي، إِنَّمَا قَالَ عليَّ، وَهِيَ كلمة ضمان لَا وكالة، عَلَى أنَّ التوكيل بهذا القدر لَا يصح.

ومعنى كلمة الضمان هنا أَنَّهُ أمره أن يَشْتَرِي حريراً بألف وَمِائَة دِرْهَم مثلاً ليبيعه فِي السوق بِأَلْفِ دِرْهَم فيكون عينة فيقضي بِهِ الدين عَلَى أن يعين، فإن فسلم عن الغبن والخسران فذاك، وإلا فالخسران عَلَيْهِ، هَذَا معنى كلمة الضمان لكن هَذَا الضمان باطلٌ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يصح الضمان بالمطالبة بِمَا هُوَ مضمونٌ عل غيره،

---

(١) فِي ب

وَذَلِكَ الخسـران غير مضمونٍ عَلَى أحدٍ فبطل ضمانـه، كرجلٍ قَالَ لِرَجُلٍ [بع][1] فِي هَذَا السـوق عَلَى أَنَّ كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا لَهُ ضامنٌ، أَوْ كفل رجل لِرَجُلٍ بعبده إن أبق ونحو ذَلِكَ أَنَّهُ باطلٌ، فَكَذَلِكَ هَذَا ولَا تنافي بين القولين، وكل ذَلِـكَ من العينة وصار الربح الَّذِي ربحه البَائِع الَّذِي أعرض عن القرض ومال إِلَى العينة عَلَى الَّذِي اشْتَرَاهُ لما قلنا.

٧٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ كَفِلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْـفِ دِرْهَم بِأَمْرِهِ فَقَضَاهُ الأَلْفَ عَلَى أَنْ يُعطِيهَا صَاحِبَهَا، أَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا؟ قَـالَ: لَا. وَإِنَ رَبِحَ فِيهَا رِبْحاً فَهُوَ لَهُ يَتَصَـدَّقُ بِهِ، وإِنْ كَانَتْ الْكَفَالَة لِكُرٍّ مِنْ حِنْطَـةٍ فَقَضَـاهُ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ [فَبَاعَـهُ][2] بِرِبْحٍ فِيهِ، فَالربْـحُ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ أَحَـبُّ إِلَيَّ أَنْ يَدْفَعَـهُ إِلَى الَّذِي قَضَـاهُ، وَلَا أُجْبِرُهُ عَلَى ذَلِـكَ فِي الْقَضَاءِ، وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ ﷺ هُوَ لَهُ، وَلَا يَرُدُّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ.

هَـذَا الفصـل عَلَى وجهين: إِمَّـا أَنْ يَكُونَ كَفِيلاً بِمَا هُوَ مـن الأثمان، أَوْ كَانَ كَفِيـلاً بغيرها مِمَّا يتعين [بالتعييـن][3]، وَلَا يخلو إِمَّا أن يعطيه المكفول عَنْهُ الْمَال عَلَى وجه الرسالة أَوْ يعطيه عَلَى وجه الاقتضاء.

أَمَّـا إِذَا أعطـاه عَلَى وجه الرسـالة بأن كره المطلوب مطالبـة الكفيل فأعطاه

---

(١) الإضافة مني.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

الْمَـال، فَقَـالَ خذ هَذَا الْمَال وادفعـه إِلَى الطالب، فتصرف فِيـهِ الكفيل وربح، لَمْ يطـب لَهُ الربح [سـواء كَانَ ثمناً أَوْ مِمَّا يتعين لِأَنَّهُ مـودَع، والمودَع إِذَا تصرف فِي الوديعة فربح لَمْ يطب لَهُ الربح][(1)] عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ، وطاب لَهُ عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ أي مال كَانَ، لِأَنَّ الحنث إِنَّمَا يثبت لعدم الملك، فاستوى فِيهِ كل مال، لِأَنَّ تصرفـه وجد فِي غَيْـرِ الملك فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَقَدْ تعلـق بالنقود مِنْ وَجْهِ حكم الجواز، وحكم سلامة المبيع.

فأَمَّا إِذَا أعطاه عَلَى سبيل الاقتضاء بأن قَالَ لَهُ المطلوب: إني لَا آمن أَنْ يَأْخُذَ مِنْكَ الطالب حقه، فأنا أقضيك الْمَال قبل أن تؤديه، فَذَلِكَ جائزٌ لِأَنَّهُ قَدْ التزم الكفيل المطالبـة، وثبت لَهُ حق [حكم][(2)] مطالبة المكفول عَنْهُ أَيْضاً، وَذَلِكَ مِمَّا يسـتحق بالاقتضـاء كحقيقة الدين، فَإِذَا قضـاه ثُمَّ أراد أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ ذَلِكَ صَارَ حقاً للقابض عَلَى احتمال أن يؤدي [الأصيل][(3)] الدين بِنَفْسِـهِ، فما لَمْ يَنْقَطِعْ هَذَا الاحتمال وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَذَلِكَ أن يؤديه الأصيل بِنَفْسِـهِ فحينئذٍ يسترد من الكفيـل ما أعطاه، فإن تصرف فِي ذَلِكَ فربح وَقَدْ أَدَّى الكفيل الدين بِنَفْسِـهِ أَوْ أداه المطلوب فإنَّ الجواب فِيهَا واحدٌ، وَهُوَ أَنَّ الربح فِي الدَّرَاهِم يطيب لَهُ.

أَمَّا إِذَا أَدَّى الكفيل بِنَفْسِـهِ فلأنَّ ملك المقبوض يوم قبض كَانَ ثابتاً، وكان لَا يحتمل إِلَّا أن يفسد إِذَا قضاه المطلوب، والفساد الواقع لَا يوجب الخبث فِي ربح الأثمان عَلَى ما سبق فِي أول كِتَاب البيوع.

فهنا قبل أن يثبت الفساد أولى.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

فأمَّـا إِذَا أداه المطلوب فَقَدْ فسـد قبض الكفيل، لكـن ذَلِكَ لَا يوجب خبث الربح فِي الدَّرَاهِم.

فأمَّـا فِي كل مالٍ يتعين فَقَـالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ فِي رواية هَذَا الْكِتَاب: يرده عَلَى الأصيـل، وَقَالَ فِي كِتَاب الْكَفَالَة: يتصدق بِهِ، وَقَالَ فِي كِتَاب البيوع: يطيب، وَفِي قولَهُما يطيب لَهُ وَلَا يرده وَلَا يتصدق بِهِ، ويسـتوي فِي هَذَا أَيْضَاً إن أداه المطلوب إِلَى الطالب بِنَفْسِهِ وأداه الكفيل.

وجه قولَهُما: أَنَّ الربح حصل عَلَى ملكٍ صحيحٍ، لِأَنَّ اقتضاء الكفيل صحيحٌ، لِأَنَّـهُ ملـك عَلَى [ملـك][1] المطلوب، مثـل ما ملك مِنْـهُ الطالب، وَلَوْ اسْـتَوْفَى الطالب مِنْهُ بِنَفْسِـهِ، والمال مؤجل صحَّ الاستيفاء، فَكَذَلِكَ هنا، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: إن اقتضاءه قاصرٌ غير حالٍ عن شـبهة، لِأَنَّ المكفول عَنْهُ سـبيل أن يقضيه بِنَفْسِـهِ فيسـترد مِنْهُ عين ما أعطـاه، وَكَذَلِكَ الاقتضاء بُنِي عَلَى قيـام المطالبة دون حقيقة الدين فأوجب شبهة فِي الاقتضاء، وَإِذَا قضاه المطلوب فَقَدْ فسد الاقتضاء فوجب الخبث، وسـبيل الخبث الصدقـة، ولأنَّ هَذَا الخبث ثبت بحـق الأصيل لما قلنا، فسـبيله أن يـرد عَلَيْهِ كمـن غصب الدَّابَّة فآجرهـا، فَإِنَّهُ يتصدق بالغلـة، فإن ردها عَلَـى المالك صـحَّ، فَكَذَلِكَ هَذَا، فَإِذَا ردها فإِنْ كَانَ المـردود عَلَيْهِ فقيراً طاب لَهُ [ذَلِكَ][2]، وإِنْ كَانَ غنياً ففيه روايتان فِي كِتَاب الغصب.

والأشـبه أن يطيب لَهُ الربـح لِأَنَّهُ إِنَّمَا يرد عَلَيْهِ عَلَـى أَنَّهُ حقه، ووجه الرواية الأُخرَى أنَّ حقه شبهةٌ لَا حقيقةٌ، ففي حكم الحقيقة هُوَ مالٌ سبيله الصدقة، والحقيقة

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

أحق بالاعتبار من الشبهة، وَهَذَا مالٌ لو أقيم غيره مقامه لَمْ يجز، بخلاف دَفَعَ القيم فِي الحقوق المالية، لِأَنَّ هَذَا خبث حله بسبب الظلم، وَهُوَ مِمَّا لَا يحتمل التعدي، [فاقتصر عَلَى العين، وخبث مال الزَّكَاة لأداء القربة، وَذَلِكَ يحتمل التعدي][1].

٧٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كَفِلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ: فَقَالَ الْمَكْفُولُ لَهُ لِلْكَفِيلِ: بِرئتَ إِلَيَّ مِنْ هَذَا الْمَالِ؛ قَالَ: هَذَا اقْتِضَاءٌ[2]، وَلِلْكَفِيلِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأْتُكَ مِنْ هَذَا الْمَالِ فَقَدْ بَرِئَ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ.

وهنا وجهٌ ثالثٌ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: (برئت)، أَمَّا قولَهُ [برئت][3] إليَّ فَإِنَّهُ [إقرارٌ][4] بالاقتضاء لِأَنَّهُ بدأ بالمطلوب وختم بالطالب وَذَلِكَ عبارة عن الاستيفاء لِأَنَّ البراءة بالاستيفاء كَذَلِكَ تكون فملك الرجوع، فأَمَّا إِذَا قَالَ: (أبرأتك) فإنما هَذَا اسقاطٌ لِأَنَّهُ أضاف إِلَى نفسه مِنْ غَيْرِ نسبةٍ إِلَى من عَلَيْهِ الدين، وَذَلِكَ إسقاطٌ لَا استيفاءٌ، وإِنْ كَانَ يحتمل الاستيفاء، وَإِذا حُمل عَلَى الإسقاط لَمْ يَرْجِع عَلَى الأصيل.

فأَمَّا إِذَا قَالَ: (برئت) فَإِنَّهُ إقرارٌ بالاستيفاء عند أَبِي يُوسُفَ ﵀، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: إقرارٌ بالإبراء، وجه قولَهُ محمد ﵀: أَنَّ براءة المطلوب يحتمل الأداء ويحتمل الإبراء فثبت أدناهما.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: قَدْ اقتضى.

(٣) فِي ب

(٤) فِي ب

ووجه قول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إنَّ قولَهُ (برئت) فعلٌ مضافٌ إِلَى الكفيل فوجب العمل بحقيقة الإضافة، ومن قضية هَذِهِ الحقيقة أَنْ يَكُونَ الكفيل فاعلاً وَذَلِكَ فِي الأداء.

٧٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَكفَلُ بِنَفْسِ الرَّجُل، فإن لَمْ يُوافِ بِهِ فعَلَيْهِ الْمَالُ فَيَمُوتُ المَكفُولُ بِهِ؛ قَالَ: عَلَى الكَفِيلِ الْمَالُ.

لِأَنَّ شرط الْمَال عدم الموافاة بِهِ، وَقَدْ وجد هَذَا الشرط فلزمه الْمَال.

٧٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَزِمَ رَجُلاً وَادَّعَى عَلَيْـهِ مائة دينارٍ، أَوْ لزمه وَلَمْ يدع عَلَيْهِ المائـة الدينار؛ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: دَعْهُ وَأَنَـا كَفِيلٌ بِنَفْسِـهِ إِلَى غَدٍ، فَإِنْ لَمْ أُوافِكَ بِهِ غَدَاً فَعَـلَي دِينَارٌ وَرَضِي بِهِ فَلَمْ يُوافِ بِهِ غَدَاً، قَالَ: عَلَيْهِ المائة دينارٍ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً إِذَا ادَّعَى ذَلِكَ صَاحِبُ الحَقِّ أَنَّهُ لَهُ.

وَهُوَ قول [أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ][(١)] وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا ادعاها وَلَمْ يسمها حَتَّى كفل لَهُ بمائة دينارٍ ثُمَّ ادَّعَى بعد ذَلِكَ لَمْ ألتفت عَلَى دعواه.

لمحمد رَحِمَهُ اللَّهُ طريقان:

أحدهما أَنَّ هَذَا تعليق الْمَال بالخطر فكَانَ باطلاً لِأَنَّهُ لما قَالَ: (إن لَمْ أوافك

---

(١) فِي ب

فأنا ضامنٌ لك مائة دينارٍ مِنْ غَيْرِ نسيئةٍ إِلَى ما عَلَيْهِ) كَانَ هَذَا بمعنى الرشوة وَهَذَا الطَّرِيق يوجب أن لَا يصح، وإِنْ كَانَ الْمَال مقدراً عند الدَّعْوَى، هَذِهِ طريقة الشيخ أبو منصور رحمه الله وغيره فِي شرح هَذَا الْكِتَاب.

[والثاني: ذهب إِلَيْهِ الكرخي فِي شرح هَذَا الْكِتَاب][1] وَهُوَ أَنَّ الْكَفَالَة بالنفس باطلةٌ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يدع سبباً[2] معلوماً لَمْ يستوجب الإحضار إِلَى مجلس القَاضِي، فَإِذَا لَمْ يستوجب ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ الْكَفَالَة بالنفس، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ لَمْ تصح الْكَفَالَة بالمال أَيْضاً لِأَنَّهَا جعلت خلفاً عن الْأَوَّل، وَهَذَا يوجب أن يصح مَتَى كَانَ يَدَّعِي مَالاً معلوماً.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله: أَنَّ هَذِهِ الْكَفَالَة تعين وجه الصحة فِيهَا، وكل عقدٍ أمكن تصحيحه وتعين لَهُ وجه الصحة وجب تصحيحه، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا، أَمَّا إِذَا قدر الْمَال عند الدَّعْوَى فلأنَّ الْكَفَالَة بالنفس قَدْ صحت، وَالْكَفَالَة بالمال جعلت بناءً عَلَيْهِ، فَصَارَ البناء دليلاً عَلَى تقييد العقد بالمال المدعى، وَهَذَا هُوَ المتعارف بين النَّاس أن يبهم الكفيل ذَلِكَ، ويريد بِهِ ما تناولته الدَّعْوَى، فأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مقدراً فَقَدْ صحت الملازمة وصحت الدَّعْوَى لِأَنَّهُ مَتَى لازمه وادعى عَلَيْهِ الدنانير مطلقة، أَوْ ادَّعَى الْمَال وَلَمْ يفسر فَقَدْ أجمل الدَّعْوَى، وَهَذَا متعارفٌ فِي غَيْرِ مجلس القَاضِي بصون المرء كلامه إِلَى وقت الحاجة فصح ذَلِكَ عَلَى احتمال البيان من جهته، فَإِذَا بين ذَلِكَ انصرف بيانه إِلَى ابتداء الدَّعْوَى فَظَهَرَ بِهِ صحة الْكَفَالَة بالنَّفس وصحت الْكَفَالَة الثانية خلفاً عن الْأُولَى.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: شَيْئاً

٧٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَـالَ: الكَفِيلُ وَالرَّهْنُ[١] بِالخَرَاجِ جَائِزَةٌ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَا صحَّ ذَلِكَ لِأَنَّ الرهن شرع بمضمونٍ يمكن [لَهُ][٢] استيفاؤه من الرهن والخراج بهذا الوصف.

وَالْكَفَالَة شرعت لتحمل المطالبة بالمضمون والخراج حقٌ مضمونٌ مطالبٌ بِهِ، فصحت الْكَفَالَة بِهِ.

٧٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الدَّارَ يَكَفْلُ رَجُلٌ لِلْمُشْتَرِي مَا أَدْرَكَهُ فِيهَا مِنْ دَرَكٍ ثُمَّ جاءَ الكَفِيلُ يَدَّعِيهَا؛ قَالَ: كَفَالَتُهُ تَسْلِيمُ المَبِيعَ[٣].

وَإِنَ شهد وحتَّم لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ تسليماً للبيع، لِأَنَّ الْكَفَالَة إِذَا شُرطت فِي البيع تعلق البيع بقبول الكفيل فِي المجلس فنزل الكفيل منزلة البَائِع حَتَّى لَا يصح قبول الْمُشْـتَرِي إِلَّا بقبول الكفيل، كما لَا يصح إِلَّا بإيجاب البَائِع، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ صَارَ كأنَّه هُوَ الموجب فَلَا يصح مِنْهُ ما ينقضه.

---

(١) فِي ب: الْكَفَالَة بالرهن

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: للبيع

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كَانَ شفيعاً بطلت شفعته؟ وَهَذَا الطَّرِيق يوجب أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ شرطاً فِي البيع لَمْ يَكُنْ تسليماً.

والوجـه الثَّانِي: أنَّ المـراد بهذه الْكَفَالَة تحقيق أحكام البيـع وتأكيدها، لِأَنَّ الْمُشْـتَرِي ربما لَا يرغب فِي الشـراء إِلَّا بهذه الْكَفَالَة فيكون مـراد الكفيل أنَّ هَذَا البَائِع مالك وَأَنْ بيعه جائزٌ، ومتى ما لحقك درك فِيمَا تشـتري فأنا لَهُ ضامنٌ، وَهَذَا يوجب التسـوية بين ما قارن العقد وبين ما ألحق بِهِ، وجواب الْكِتَاب مطلق، وَأَمَّا مسألة الحتم فَقَدْ مرت، وَهَذَا كله من الخواص.

٧٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كَفِلَ [عَنْ رَجُلٍ][(١)] لِرَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ حَقٍّ، أَوْ بِمَا قُضِي لَهُ عَلَيْهِ مِنْ حَقٍّ، وَغَابَ المَكْفُولُ عَنْهُ فَجَاءَ الطَّالِبُ بِالكَفِيلِ إِلَى القَاضِي فَيُقِيمُ عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ أَلْف دِرْهَمٍ؛ قَالَ: لَا تُقْبَلُ بَيِنَتُهُ عَلَى الكَفِيلِ حَتَّى يَحْضُرَ المَكْفُولُ عَنْهُ.

وَإِنَّمَا وجب ذَلِكَ لِأَنَّ شـرط وجوب الْمَال عَلَى الكفيل القضاء بالمال عَلَى الأصيل، وَهَذَا الشرط لَمْ يوجد، لِأَنَّ كون الألف واجبةٌ عَلَيْهِ لَا يُلزم الكفيل شَيْئاً.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الكفيل لو أَقَـرَّ بهذا الْمَال عَلَى الأصيل لَمْ يلزمه بِذَلِكَ شـيءٌ؟ ففسدت هَذِهِ الدَّعْوَى، فَإِذَا حضر الأصيل فقضى عَلَيْهِ لزم الكفيل.

وقولَـهُ: (ما ذاب[(٢)] لك عَلَى فلانٍ) عبارةٌ عـن لزوم الْمَال عَلَيْهِ بعد الْكَفَالَة،

---

(١) فِي ب

(٢) بمعنى ما تقرر. البناية

وَلَيْسَ من ضرورة كون الْمَال عَلَى الأصل أَنْ يَكُونَ ذاب عَلَيْهِ، ولزمه بعد الْكَفَالَة ففسدت هَذِهِ الدَّعْوَى، حَتَّى لو ادَّعَى عَلَيْهِ أني خاصمت فُلَانًا إِلَى فلان القَاضِي فقضى [لِي][1] بالمال عَلَيْهِ فصرت كَفِيلاً بِذَلِكَ صحت الدَّعْوَى، وقُبلت عَلَيْهِ البينة، وَكَذَلِكَ إِذَا ذكر أَنَّهُ [ذاب][2] عَلَيْهِ مِنْ بَعْدِ.

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

[بَابُ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ]

٧٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كَفِلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ، ثُمَّ لَقِيَ الطَّالِبُ الْمَكْفُولَ عَنْهُ فَأَعْطَاهُ كَفِيلاً آخَرَ بِنَفْسِهِ؛ قَالَ: لَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ الْأَوَّل، وَهُمَا كَفِيلَانِ مَعاً[1].

لِأَنَّ الْكَفَالَـةَ الْأُولَى صحت باعتبار قيـام المطالبة، والمطالبة تحتمل العدد، فالتزام الْأَوَّل لَا يمنع التزام الثَّانِي، ويصح الجمع بينهما.

---

(١) فِي ب: هَذِهِ المسألة

بَابُ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ

٧٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ كَفِلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ، فَغَابَ المَكْفُولُ عَنْهُ، فَأُحْضِرَ الطَّالِبُ الكَفِيلَ إِلَى القَاضِي، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بينةً أنَّ لَهُ عَلَى فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ؛ قَالَ: يَقْضِي القَاضِي عَلَيْـهِ. ويكون ذَلِكَ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ، وإِنْ كَانَـتْ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ قضَى عَلَيْهِ، وَلَمْ يَكُن ذَلِكَ قَضَاء عَلَى الغَائِبِ.

أَمَّـا إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَة بأمره فلأنَّ المدعي ادَّعَى عَلَى الحاضر ديناً بسـبب لَا يصـح إِلَّا بالقضاء عَلَـى الغائب، فَلَمْ يجز القضـاء إِلَّا بهذا السـبب، فَتَوَجَّهَ عَلى الغائب.

بيانه: أنَّ الْكَفَالَة إِذَا كَانَتْ بأمرٍ كَانَتْ بمعنى القبض، وبمعنى المعاوضة عَلَى ما سـبق ذكره فِي أحد الْمُتَفَاوِضَيْنِ إِذَا كفل بأمر المكفول عَنْهُ أن شـريكه يؤخذ بِهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَلَوْ كَانَ بِغَيْرِ أمره لَمْ يؤخذ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الْكَفَالَة بِغَيْرِ أمرٍ تبرعٌ محضٌ لأنه لَا رجوع فِيهِ، فَإِذَا ادَّعَى بأمر لَمْ يَصِحَّ القضاء بِغَيْرِ أمرٍ مع ما قلنا من المغايرة، ومن ضرورة القضاء بهذا السبب التعدي إِلَى الغائب، لِأَنَّ أمره إقرارٌ بالمـال، فأمَّـا إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَـة بِغَيْرِ أمره فَلَيْسَ من ضـرورة صحتها التعدي إِلَى الغائب، واعتبر هَذَا بكل وَاحِدَة مِنْهَا لو وجدت عياناً.

٧٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كَفِلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ، وَلَمْ يَقُلْ إِذَا دَفَعتَهُ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ؛ قَالَ: إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ يبرأ لِأَنَّ مُوجِبَ الالتِزَامِ البَرَاءَةُ عِنْدَ التَّسْلِيمِ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الغاصـب مع جنايته يسـتوجب البراءة عند التسـليم؟ فالذي لَا جناية مِنْهُ أولى، وَإِذا كَانَ هَذَا يوجبه ثبت مِنْ غَيْرِ شرطٍ.

٧٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا كَفَالَةَ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، [وَلَا يُحْبَسُ فِي الحُدودِ وَالقِصَاصِ](١)، إِلَّا أَنْ يَشْـهَدَ شَـاهِدَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ القَاضِي.

معنى قولَهُ: (لَا كفالة فِي الحدود والقصاص) أي القَاضِي لَا يفعل ذَلِكَ لِأَنَّ فِيـهِ احتيالاً للإثبات، والشـرع أَمَرَ بالدرء وَهُوَ خلافه، وَهَذَا قَـوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمد ﷺ: لَا بَأْسَ فِيهِ، لِأَنَّ الْكَفَالَة لتسـليم النفس، وتسـليم النفس إِلَى مجلس القَاضِي هنا أوجب وألزم، فأَمَّا إِذَا سـمحت نفسه ببدل الكفيل فَهُوَ جَائِزٌ، لِأَنَّ تسليم النفس واجبٌ إِلَى مجلس القَاضِي.

أَلَا تَـرَى أَنَّ القَاضِي نـدب بِالْإِجْمَاعِ إِلَى الدرء. وَلَوْ لَمْ يفعل صحَّ؟ فَكَذَلِكَ هَـذَا، والحبس شـاهد لأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لِأَنَّ التكفيل إِنَّمَـا يكون عند قيام البينة قبل التعديل، والحبس واجبٌ هنا فَلَا يبقى التكفيل اسـتيثاقاً محضاً، فَلَا يلزم القَاضِي

(١) فِي ب

بخلاف سائر الحقوق، والحدود كلها سواء فِي الجواز، وَلَا خلاف فِي غَيْرِ حد القذف والقصاص، وَأَمَّا الحبس فإنَّما يجب بشاهدة شاهدين مستورين فِي غَيْرِ الزنى، أَوْ شهادة وَاحِدٍ عدلٍ، لِأَنَّ شهادة المستورين تصلح للحكم، فَلَا بُدَّ من التهمة، والشاهد العدل يصلح أن يثبت التهمة بشهادته، لِأَنَّ خبر الواحد حجةٌ فِي الديانات والمعاملات، وَهُوَ كالشاهد بالطلاق الثَّلَاث.

٧٨٦- وَقَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كفلا عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَم عَلَى أَنَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ، فَإِبْرَاءُ الطَّالِبِ أَحَد الكَفِيلَيْنِ.

قَالَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الآخر بالألف كلها، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كفيلٌ عن الأصيل بكل الْمَال لما سبق [ذكره][1] أَنَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا [يعد][2] كَفِيلاً عن صاحبه بجميع الألف دلالةً أَوْ صريحاً، ومن ضرورة أَنْ يَكُونَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلاً عن الأصيل بجميع الألف، وَإِنَّمَا نعني بالدلالة من طريق العادة، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ قلنا إِذَا أبرأ أحدهما فهذا فِي حق صاحبه كفيلٌ عَنْهُ، وأصيلٌ مِنْ وَجْهٍ أَيْضاً فبطل كله، إِلَّا أَنَّ صاحبه كفيلٌ عن الأصيل بالمال كله، فبقي ذَلِكَ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا فصل الرجوع بِمَا يؤدي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا قبل الإبراء فَقَدْ سبق.

٧٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَ

---

(١) فِي ب

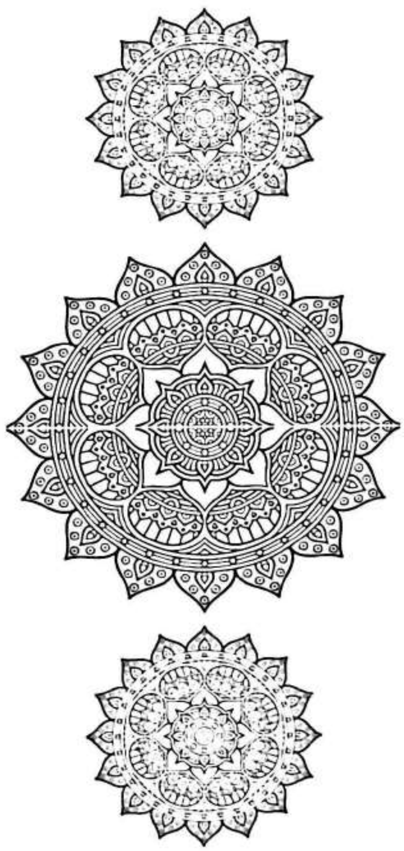
(٢) فِي ب

دِرْهَـم، فَكَفِلَ بِهَا عَنْهُ رجلٌ، ثُمَّ صَالحَ الكَفِيـلُ الطَّالِبَ [مِنْ][1] الأَلْفِ عَلَى خَمْسِمائَةٍ؛ قَالَ: بَرِئَا جَمِيْعاً، الكَفِيلُ والَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ.

لِأَنَّ الكفيل متحملٌ للمطالبة، وَإِنَّمَا الْمَال عَلَى الأصيل فإن صالحه مطلقاً، أَوْ أبرأه بطلت المطالبة عَنْهُ، وبقي الحق عَلَى الأصيل، فأَمَّا إِذَا أضاف إِلَى المطلوب فبرأ عن خمســمائة بالأداء، ورجع الكفيل بِهِ عَلَـى الأصيل، فأَمَّا الباقي فإِنَّما برئ عَنْهُ الأصيل بالإضافة إِلَيْهِ، فَإِذَا برئ الأصيل برئ الكفيل، وهذه فِي الجامع الكبير.

(١) فِي ب

١٥- كِتَابُ الحَوَالَةِ



٧٨٨- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَحَالَ رَجُلاً بِأَلْـفِ دِرْهَم عَلَى رَجُلٍ، ثُمَّ قَالَ الْمُحِيلُ: هُوَ مَالِي، [وَقَالَ الْمُحْتَالُ: هُوَ مَالِي][١]؛ قَالَ: القَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ.

واختلف فِي تفسير هَذِهِ المسألة.

فَقَـالَ بعضهم: معناه أنَّ المحيل قَالَ: لَا شـيء [لك علي، وَإِنَّمَا أنت وكيلي فِـي قبض مالي عَلَى فلانٍ، وَقَالَ المحتـال: بَلْ هُوَ ديني][٢] عليك أحلت لِي عَلَى فلانٍ، ولك عَلَى فلانٍ مثله دين عَلَى أن تؤديه إليّ.

موضوع المسـألة عَلَى هَذَا القول: أنَّ للمحيل عَلَى المحتال عَلَيْهِ دينٌ أَيْضاً، لَا يسـتقيم هَذَا الطَّرِيق إِلَّا عَلَـى هَذَا الوجه، وَإِنَّمَا جَعَلَ القـول قول المحيل لِأَنَّ الإحالة قَدْ تستعمل فِي نقل التصرف عَلَى طريق التوكيل.

أَلَا تَرَى إِلَى قول محمد ﷺ فِي كِتَاب المضاربة فِي مَالِ المضاربة إِذَا صَارَ ديناً عَلَى النـاس وامتنع الْمُضَارِب عـن التقاضي أَنَّهُ لَا يجبـر؟ ويقال لَهُ: أحل رَبّ الْمَالِ عَلَى الغرماء، أي وكله، فَإِذَا كَانَ يسـتعمل فِي الْوَكَالَة ويسـتعمل فِي نقـل الديون لَمْ يَكُنْ حجـة للمحتال عَلَى أنَّ المحيل صَارَ معترفاً بالدين، بَلْ لما كَانَ محتمـلاً كَانَ القول قول الَّذِي أَبهـم وإليه بيانه، ووجب القول بالأدنى وَهُوَ التوكيل.

---

(١) فِي ب.

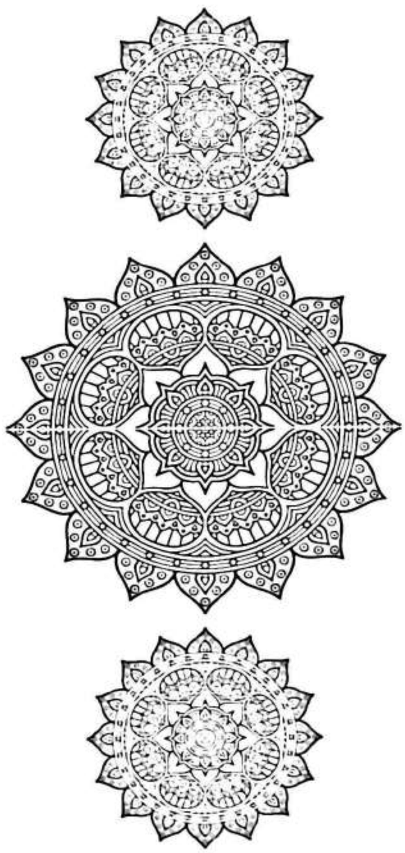
(٢) فِي ب.

والوجـه الآخر: أَنْ يَكُـونَ المراد بالمحتال هُوَ المحتـال عَلَيْهِ، وَذَلِكَ بعدما أَدَّى المحتال عَلَيْهِ الْمَال إِلَى المحتال لَهُ وأراد الرجوع عَلَى المحيل فَقَالَ المحيل: أنا أحلته عليك بمالٍ لِي عليك، فَلَيْسَ لك عَلَيْهِ الرجوع، وَقَالَ المحتال عَلَيْهِ: لَا بُدَّ لِي أن أرجع عليك، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المحيل لِأَنَّهُ يَدَّعِي الرجوع.

فالصحيـح هُوَ القول الْأَوَّل، لِأَنَّـهُ نص فِي كِتَاب الْكَفَالَة فِي باب الحوالة أنَّ القـول قول المحتال عَلَيْهِ فِي هَذَا الفصل، لِأَنَّهُ أَدَّى عَنْهُ بأمره، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَّا أن يثبت ما يبطل حقه.

❁ ❁ ❁

١٦- كِتَابُ الدَّعْوَى



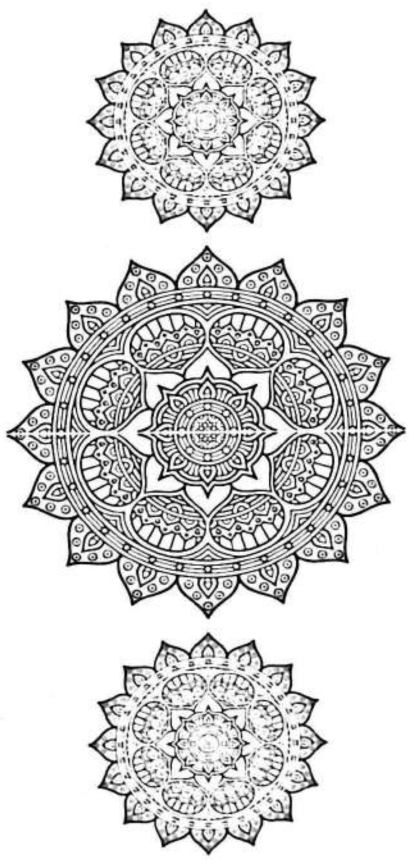
٧٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْدَعَ رَجُلاً أَلْفَ دِرْهَم، فَأَحَالَ المُودِعُ الَّذِي لَهُ الأَلْفَ بِأَلْفٍ عَلَى المُسْتَودَعِ الَّذِي الأَلْفُ عِنْدَهُ؛ قَالَ: جَائِزٌ، وَهُوَ ضَامِنٌ.

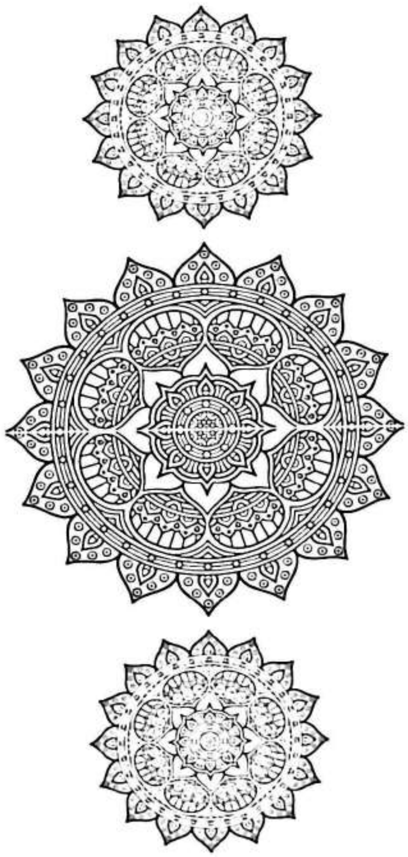
فإن هلكت الوديعة عنده برئ من الحوالة، أَمَّا جواز الحوالة فَلَا شـك، لِأَنَّهَا لـو أُطلقت جازت، فَإِذَا قيدت بالوديعة جازت أَيْضاً، وقولَهُ: (بالألف الَّذِي عنده) تقييـد بالوديعة، والتقييد بالوديعة أيسـر عَلَى الأداء، فصارت أقـرب إِلَى الجواز، وَهُوَ ضامنٌ لِأَنَّهُ عقد حوالة لَا وكالة.

فـإن هلكت الوديعة برئ، لِأَنَّ المحتال عَلَيْـهِ لَمْ يلتزم الضمان مطلقاً، وَإِنَّمَا التزمه لما فِيهِ من معنى الْوَكَالَة.

فَإِذَا هلكت الوديعـة بطل التقييد فوجب أن يبطل الضمان وَهُوَ كَالزَّكَاة، فإِنَّ الشرع لما أَمَرَ صاحب الْمَال بالأداء من عين مالٍ سقط الأمر بهلاك العين، فَكَذَلِكَ هَذَا.



١٧- كِتَابُ الضَمَانِ



٧٩٠- مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يُعْطِي لِرَجُـلٍ ثَوْبَاً لِيَبِيعَهُ بِعَشَرَةٍ، فَفَعَلَ ثُمَّ ضَمِنَ البَائِـع الثَّمَنَ لِلْآمِرِ؛ قَالَ: الضَمَانُ بَاطِلٌ، وَكَذَلِكَ الْمُضَارَبَةُ إِذَا بَاعَهَا لِرَجُلٍ ثُمَّ ضَمِنَهَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا لَمْ يجز ذَلِكَ لوجهين:

أحدهمـا: أنَّ الضمان تحمل المطالبـة بالمضمون، والمطالبـة حق الوكيل وملكه قبل الْمُشْتَرِي، فَإِذَا ضمنها فإنَّما ضمنها لِنَفْسِهِ باطلاً فَصَارَ ضمانه باطلاً.

والثاني: إنَّ من قضية الشرع أنَّ الوكيل بِالْبَيْعِ أمينٌ فِي حق الموكل فِي الثَّمَن، فَـإِذَا ضمنه لَهُ فَقَــدْ أراد مناقضة حكم الشــرع فبطل، كالمـودَع يضمنها للمودِع، والمستعير يضمنها للمعير بالشرط، بخلاف الوكيل بالنكاح إِذَا ضَمِنَ المهر للمرأة عــن الزَّوْج، لِأَنَّ المطالبة لَيْسَــتْ لَـهُ، وَلَمْ يُجعل أميناً، وضمـان الْمُضَارِب لرب الْمَال باطلٌ أَيْضَاً لما ذكرنا.

٧٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ عَبْدَاً صَفْقَةً وَاحِدَة، فضَمِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنْ الثَّمَنِ؛ قَالَ: الضَمَانُ بَاطِلٌ.

لِأَنَّ الضمــان وقع للضامن من قبـل أنَّ الصفقة إِذَا كَانَــتْ وَاحِدَة فإنَّ الثَّمَن وجب لَهُمَا مشــتركاً بينهمــا، فما من جزء يؤديه إِلَّا وَهُوَ مشــترك بينهما والضمان

تناول جزءاً مشتركاً بينهما، [والضمان قبل القبض باطل، هَذَا بخلاف ما إِذَا تبرع أحدهما عَلَى صاحبه بنصيبه أَنَّهُ يصح][(١)]، ومن ضرورة صحة التبرع قطع الشَّرِكَة لكن العين يحتمل ذَلِكَ.

أَلَا تَرَى إِذَا قبض أحدهما نصيبه فسلم لَهُ الشريك واختار اتباع الغريم صحَّ؟ فقدمنا عَلَيْهِ قطع الشَّرِكَة، فأمَّا الدين فغير محتمل للقسمة وقطع الشَّرِكَة، فإِنْ كَانَ البيع صفقتين، بِأَنْ كَانَ سمَّيا بكل نصيب ثمناً صحَّ ضمانه، لِأَنَّهُ لَا شركة بينهما.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لو قبل نصيب أحدهما ورد الآخر صحَّ، وَلَوْ قبل الكل ثُمَّ نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه.

٧٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي العَبْد يَسْتَهْلِكُ الْمَال الَّذِي لَا يُؤخَذُ بِهِ حَتَّى يعتق، ضَمِنَهُ عَنْهُ رَجُلٌ وَلَمْ يُسَمِّ حَالّاً أَوْ غير حَالٍّ؛ قَالَ: يُؤخَذُ بِهِ حَالّاً.

ويحتمل: قولَهُ يستهلك الْمَال أَنْ يَكُونَ أراد بِهِ إقراره بالاستهلاك، لِأَنَّهُ قَدْ انطلق عَنْهُ، فأمَّا إِذَا استهلكه عياناً فَإِنَّهُ يؤخذ بِهِ فِي الحال إِلَّا فِي المودَع المحجور إِذَا استهلكه أنه لَا يضمنه حَتَّى يعتق عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ، وَكَذَلِكَ لو أقرضه أَوْ بَاعَهُ أَوْ وطئ بشبهةٍ بِغَيْرِ إذن الْمَوْلَى لَمْ يُؤخذ بالمهر حَتَّى يعتق أَيْضاً، فهذا كله نوعٌ واحدٌ فِي الحكم.

وجوابه: أنَّ الكفيل يؤخذ بِهِ حالاً، أَمَّا صحة الْكَفَالَة فلأنَّ الْمَال مضمونٌ

(١) فِي ب

عَلَـى الأصيل، لِأَنَّ الخصم مُنع عن مطالبته بحق الْمَوْلَى، فصح التزامها وأُخد فِي الحـال لِأَنَّ الديـن عَلَى العَبْدِ غير مؤجلٍ لَكِنَّهُ لَا يطالـب لصونه[1]، فأمَّا أَنْ يَكُونَ الديـن مؤجلاً وَلَا يجده وَلَا مانع فِي حق الكفيل، وَهَذَا كالكفيل عن الَّذِي فلسـه القَاضِي، وحال بينه وبين خصمه أنَّ الكفيل يؤخذ بِهِ.

وَكَذَلِـكَ من كفل عن غائبٍ يؤخذ، وَإِنَ عجـز الطالب عن مطالبة الأصيل، فَكَذَلِـكَ ههنا بخلاف الْكَفَالَة بديـنٍ مؤجلٍ، لِأَنَّهُ متأخرٌ بمؤخـرٍ صادفه، فيحمل الكفيل لَا بِغَيْرِ المضمون فيلزمه كَذَلِكَ مؤجلاً.

٧٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ خَرَاجَهُ وَنَوائِبَهُ وَقِسْمَتَهُ؛ قَالَ: جَائِزٌ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، أَمَّا الخراج سـبق ذكره، وَأَمَّا النوائب فَهِيَ ما يلحقه من جهة السـلطان من حقٍ أَوْ باطلٍ وغير ذَلِـكَ [أَيْضاً][2] مِمَّا ينوبه، وصحت الْكَفَالَة بِهَـا لِأَنَّهَا ديون فِي حكم يوجب المطالبة بِهَا، والعبـرة فِي الْكَفَالَة للمطالبة، لِأَنَّهَا شرعت لالتزامها.

وبهذا قلنا إنَّ من قَامَ بتوزيع هَذِهِ النوائب عَلَى الْمُسْلِمِينَ بالقسمة والمعادلة كَانَ مأجوراً، وإِنْ كَانَ أصله من جهة الَّذِي يأخذ باطلاً.

وَلَهُذا قلنا إنَّ من قَضَى نائبة غيره بأمره[3] رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ شرط الرجوع

(١) فِي ب: لعسرته.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: بإذنه

استحساناً بِمَنْزِلَةِ ثمن البيع بخلاف الزكوات والخراج وغيرها.

وَأَمَّا قولَهُ: (وقسـمته) فيجوز أَنْ يَكُونَ النوائب اسـماً لمـا ينوبه مِمَّا هُوَ غير متعـارف[1] وَلَا موظـف، بَلْ ذَلِكَ مِمَّا يحتمل أن يقع، فأمَّا قسـمته فاسـمٌ لما هُوَ موظفٌ عَلَيْهِ من النوائب الراتبة، فيُراد بالقسمة اسم النصيب، أَوْ يكون الصحيح من لفظ الرواية وقِسَـمه أَوْ قَسَمه، وأَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مجهولاً لَا يمنع[2] بِهِ الضمان، لِأَنَّ ذَلِكَ جهالةً مستدركةً منقطعةً، لِأَنَّ الضمان لَا يجب إِلَّا بمعلومٍ حَتَّى يلزم أداؤه.

٧٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ عَبْدَاً صَفْقَةً وَاحِدَة، وضَمِنَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنْ الثَّمَن؛ قَالَ: الضَمَانُ بَاطِلٌ.

أراد ضمان كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنَّمَا بطل لما قلنا، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

٧٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ غَصَـبَ دَارَاً فَبَاعَهَا مِنْ رَجُلٍ فَأَخَذَهَا الْمُشْتَرِي فَهَدَمَهَا وَأَدْخَلَهَا فِي بِنَائِهِ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَى الغَاصِبِ.

وَقَـالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمـد ﷺ: الغاصب ضامنٌ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ

---

(١) فِي ب: معتاد

(٢) فِي ب: يمتنع

فَقَالَ: لَا ضَمَانَ[١]، وَقَدْ مرت من قبل، وَذَلِكَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الغصب ظاهراً، وهذ تحتمل أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ أَيْضاً.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمْ يذكر ضمان الْمُشْتَرِي؟

فأَمَّا إِذَا كَانَ الغصب ظاهراً فإِنَّ ما هدمه الْمُشْتَرِي فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَلَا يضمن البَائِع، ذَلِكَ قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، ثُمَّ يُنظر فإِنْ كَانَ البناء قليلاً يتيسر دفعه دَفَعَ ورده عَلَى المالك، وإِنْ كَانَ كثيراً يتعذر ويمتد الزمان فِي دفعه فالمالك إِنْ شَاءَ لَا يدفعه ويضمن الْمُشْتَرِي[٢] قيمة الأرض مع البناء الْأَوَّل، لِأَنَّهُ صَارَ كالمعيب، قَالَ الفقيه أبو جعفر ﷺ: وَهَذَا قولهُم جَمِيْعاً.

قَالَ: وَهُوَ نظير من أَقَرَّ بالبيت الوسط من حمام مشتركٍ بينه وبين غيره لِرَجُلٍ أَنَّهُ يضمن نصف قيمته[٣] الَّذِي تعذر تسليمه فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً، وَقَالَ غيره من مشايخنا: هُوَ قول محمد ﷺ خاصة، وَلَوْ شاء أن يضمّن ذَلِكَ البَائِع فِي مسألتنا فعلى الاختلاف.

٧٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: لَكَ عَلَيّ مِائَة دِرْهَمٍ إِلَى شَهْرٍ، وَقَالَ الآخَرُ: بَلْ هِيَ حَالَّةٌ؛ قَالَ: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي زَعَمَ أَنَّها حَالَّةٌ. وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فِيمَنْ قَالَ لِآخَرَ ضَمِنْتُ لَكَ مِائَةَ دِرْهَمٍ عَنْ فُلَانٍ إِلَى شَهْرٍ، وَقَالَ الآخَرُ: بَلْ هِيَ حَالَّةٌ، قَالَ: القول الضَّامِنُ هَذَا قَوْلُنَا.

---

(١) فِي ب: لَا يضمن

(٢) فِي ب: لِلْمُشْتَرِي

(٣) فِي ب: قيمة البيت

وَقَـالَ الشـافعي ﷺ: القول قول المقر فِي الفصـل الْأَوَّل، لِأَنَّ الدين نوعان حـالٌ ومؤجلٌ، فَإِذَا أَقَرَّ بالمؤجل فَقَدْ أَقَـرَّ بأحد نوعي الدين، فالقول قولَهُ كما فِي الْكَفَالَة.

ووجـه قولنا: إنَّ الأجـل عارضٌ فِي الديون لَا يَمْلِك المقر إثباته بِنَفْسِـهِ فَلَا يقبل قولَهُ مِنْهُ كما قلنا فِي خيار الشـرط إِذَا ادَّعَاهُ أحد العاقدين أَنَّهُ لَا يثبت بقولَهُ، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ مطلـق المداينة موضوعٌ للحلول[1]، وَهَذَا بخلاف الْكَفَالَة لِأَنَّ الأجـل فِي الْكَفَالَة نـوع وَلَيْسَ بعارضٍ من قبل أنَّ الأجل يثبت فِـي ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شرطٍ.

أَلَا تـرَى أَنَّ من ضَمِنَ ديناً مؤجلاً كَانَ مؤجلاً فِي حقه مِنْ غَيْرِ شـرطٍ؟ فَلَمَّا ثبـت الأجل بمطلق الْكَفَالَة كما ثبت الحلول، ثبـت أَنَّ ذَلِكَ أحد نوعي [دين][2] الْكَفَالَة، فوجب أن يقبل قولَهُ فِي بيانه.

٧٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى مِنْ رَجُلٍ جَارِيَـةً فَكَفِـلَ لَهُ رجلٌ بِمَا أَدْرَكَـهُ مِنْ دَرَكٍ فَاسـتُحِقتْ الْجَارِيَة؛ قَالَ: لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْ الكَفِيلِ حَتَّى يُقْضَى بِهِ عَلَى البَائِعِ.

وَإِنَّمَا وجب ذَلِكَ لِأَنَّ مجرد الاستحقاق وحكم القَاضِي لَا ينقض البيع.

أَلَا تَرَى أَنَّ المستحق لو أجازه صحَّ البيع؟

---

(١) فِي ب: للحال

(٢) فِي ب

فَـإِذَا كَانَ البيع صحيحاً وجـب تقرير القبض لاحتمال الإجـازة، فَإِذَا حكم القَاضِـي [بالثمن][1] عَلَى البَائِـع فَقَدْ انتقض البيع وسـقط احتمال الإجارة ولزم البَائِـع رد الثَّمَن وحل ذَلِكَ عَلَى الكفيل، هَذَا جـواب ظاهر الْكِتَاب، وَلِذَلِكَ باب فِي الزيادات.

٧٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ الْمُسْـلِمِ يَكْسِرُ لِلمُسْلِمِ بَرْبَطاً أَوْ طَبْلاً أَوْ مِزْمَاراً أَوْ دُفّاً؛ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ، وَقَالَ: بَيْعُ ذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَيْسَ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ ضَمَانٌ، ولَا يَجُوزُ بيعه.

وهذه مسـائل هَذَا الْكِتَاب، وَإِنَّمَا ذكر فِي كِتَاب المناسـك مسـألة البربط لَا غيـر، والقياس ما قاله أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ، وجه القيـاس أنَّ الاتلاف تناول مَالاً متقوماً فوجب بِهِ الضمان، كما لو قتل جاريةً مغنية.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ عين هَذِهِ الْأَشْـيَاء غير محرمةٍ لِأَنَّهَا خشبٌ يصلح الانتفاع بِـهِ، ويحل الانتفاع بِهِ مِمَّا لَيْسَ بلهـو، لَكِنَّهُ [معدٌ][2] للهو عادةً مع صلاحه لغيره، كالأمة المغنية، والحمامة الطيارة، إنَّ متلف ذَلِكَ يضمن قيمته من حيث هُوَ منتفعٌ بِـهِ مِنْ غَيْرِ اللهو، فَكَذَلِـكَ هَذَا، وَإِنَّمَا هُوَ كالعنب والعصيـر، وَأَمَّا الخمر محرمة العين.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

ووجـه الاستحسـان: أنَّ فعل الاتلاف نهـي عن المنكر فَلَا يتعلـق بِهِ الضمان كإراقة الخمر وكالتعزير، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ هَذِهِ الأعيان أعدت للهو والمعصية حَتَّى صَارَتْ لَا تسـتعمل إِلَّا كَذَلِكَ، ولما صَارَ ذَلِكَ غالباً جَعَلَ غيره كالمعدوم، فسقطت ماليتهـا وصارت كالخمر، فأمَّا المغنية فَإِنَّهَا بحياتها منتفعٌ بِهَا فِي الحال بِمَا لَيْسَ فِيهِ لهو فَلَمْ تسـقط ماليتها وقيمتها، حَتَّى إِذَا تعين الفسـاد بالكفر بـأن ارتد العَبْد لَمْ يبق العصمة، ولما بقيت أموالاً فِي القياس صحَّ البيع، وبطل فِي الاستحسان لما قلنا.

٧٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـتَرِي العَبْد فَيضْمَنُ رَجُلُ العُهْدَةَ؛ قَالَ: ضَمَانُ العُهْدَةِ بِاطِلٌ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَا بطل الضمان لِأَنَّ العهدة اسـمٌ مشتركٌ، فَلَمْ يجب العمـل بِهِ قبل البيان، وبطل للجهالة، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ العهدة عند بعضهم اسـمٌ للعقد، لِأَنَّ العهدة أخذت من العهد، والعقد والعهد سواء، ويحتمل اسماً للصك، لِأَنَّـهُ وثيقة بِمَنْزِلَةِ كِتَاب العهدة، فسـمي عهدة، ويحتمل حقـوق العقد، لِأَنَّهَا من ثمرات العقد، وَقَدْ يُطلق عَلَى خيار الشـرط كمـا جار فِي الحديث: (عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَة أَيَّام)[١]، أي خيار الشرط فيهم مُستَعْمَلٌ، [ويجوز أن يسمى الدرك أَيْضاً، فإِنْ كَانَ كَذَلِكَ بطل العمل بِهِ قبل البيان بالاستعمال، فأمَّا الدرك فَقَدْ صَارَ مستعملاً][٢] فِي ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل بِهِ.

---

(١) رواه أبـو داود برقـم/ ٣٥٠٨/، وابن ماجـه برقم/ ٢٢٤٤/، وأحمـد برقم/ ١٧٤٢٣/، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٦٨٧٤/.

(٢) فِي ب

٨٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُهْرِقُ لِلْمُسْلِمِ المنصِفَ أَوْ السكر؛ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ، وَبَيْعُهُ جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: [لَا ضَمَانَ](١) فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، ولَا يُجوزُ بيعه.

وجه قولَهُما أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الخمر: (أَنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهِ)(٢)، وَفِي حديث آخر: (لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَجَمَلُوهَا فَبَاعُوهَا)(٣)، وأَنَّ الله تَعَالَى إِذَا حرم شَيْئاً حرم بيعه وأكل ثمنه، فصيغة الحديث أوجبت تحريم البيع عند بتحريم الأكل والشرب، ومعنى الحديث حجةٌ لِأَنَّ تحريم الشرب يسقط التقوم والمالية، كما قيل فِي الخمر، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ هَذَا مالٌ متقومٌ، فصح بيعه، وضَمِنَ متلفه.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ عين هَذِهِ الْأَشْيَاء منتفع بِهَا، وَقَدْ اختلفت الأخبار، فروي عن ابن عباس ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا وَالسَّكَرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ)(٤).

وروي فِي ذَلِكَ أحاديث توجب التحريم عَلَى ما ذكرنا فِي كِتَاب الأشربة، فقلنا بالتحريم احتياطاً، ومن الاحتياط أن لَا يسقط ماليتها، وَلَا يحرم بيعها،

---

(١) فِي ب

(٢) رواه أحمد فِي المسند برقم/ ٢١٩٠/.

(٣) متفق عَلَيْهِ، رواه البخاري برقم/ ٦٢٥٣/، ومسلم برقم/ ٤١٣٤/، وغيرهما من أصحاب السنن.

(٤) رواه البيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ٢٠٧٣٦/، والحديث موقوف عَلَى ابن عباس.

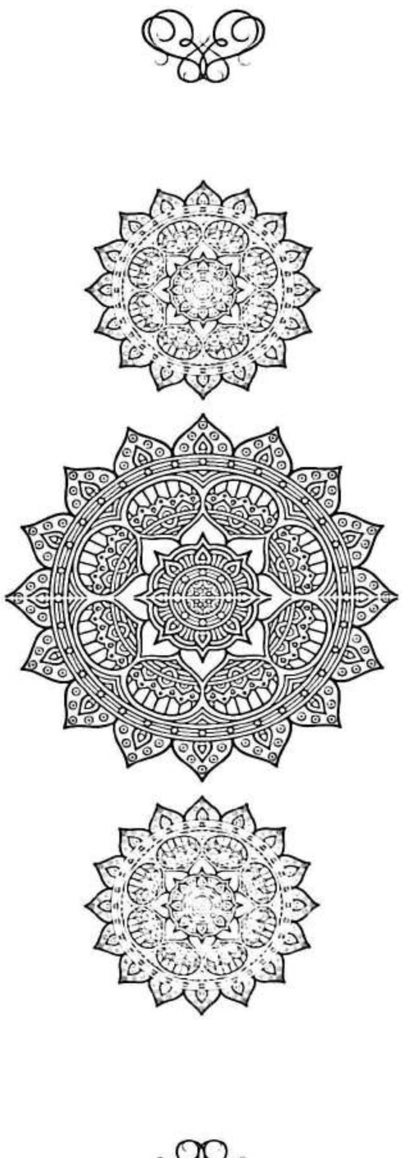
الْمُنَصَّفُ[١] هُوَ الَّذِي ذهب نصفه بالطبخ، والسكر الَّتِي[٢] من ماء الرطب، والباذق ما طبخ من العصير أدنى طبخة، وعن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي بيع ذَلِكَ وضمان الاتلاف روايتان.

۞ ۞ ۞

(١) المنصّفُ: وَهُوَ الَّذِي طبخ من نيء العنب حَتَّى بقي نصفه، فما دام حلو يحل شـربه، وَإِذا عَلَى واشتد وقذف بالزبد لَا يحل شربه عندنا، البناية شرح الهداية

(٢) فِي ب: النيء

المحتويات



المحتويات